

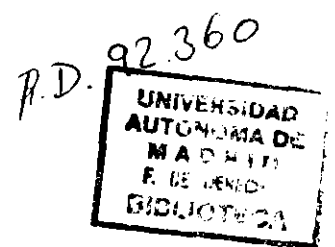
ub / X-54-16882-1

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DPTO. Dº PRIVADO, SOCIAL Y ECONÓMICO
ÁREA DE DERECHO CIVIL

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL POR RECONOCIMIENTO

TESIS DOCTORAL

PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTOR POR LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID



María Susana Quicios Molina
Director: Pr. Dr. D. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano
Madrid, 1996

ÍNDICE	I
INTRODUCCIÓN	VII
CAPÍTULO I: NATURALEZA, CONCEPTO Y CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO FORMAL	1
I INTRODUCCIÓN	1
II NATURALEZA	4
1. <i>Cuestión dogmática</i>	4
2. <i>Relevancia de la voluntad del reconocedor</i>	5
3. <i>Fundamentos legales del reconocimiento formal como declaración de voluntad</i>	9
III CONCEPTO	12
IV CARACTERES	13
1. <i>Unilateral</i>	13
2. <i>Personalísimo</i>	14
3. <i>Puro</i>	15
4. <i>Irrevocable</i>	16
V PROHIBICIÓN DE IDENTIFICAR AL OTRO PROGENITOR	17
1. <i>Fundamento y sentido de la prohibición</i>	17
2. <i>Excepciones contempladas en la norma</i>	20
1. Reconocimientos simultáneos	21
2. Filiación ya determinada del otro progenitor	21
3. <i>Supuestos conflictivos a los que no se aplica el artículo 122 C.c</i>	22
1. Reconocimiento del concebido y no nacido	22
1.1. Admisión de este reconocimiento	22
1.2. Reconocimiento único paterno del concebido y no nacido	24
2. Declaración de la filiación materna por el padre a los efectos del artículo 120.4º C.c	27
CAPÍTULO II: FORMAS DEL RECONOCIMIENTO	33
I INTRODUCCIÓN	33
II RECONOCIMIENTO ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL	34
1. <i>Tiempo en que puede hacerse la declaración</i>	34
2. <i>Reconocimiento que no puede ser inscrito inmediatamente</i>	35
III RECONOCIMIENTO EN DOCUMENTO PÚBLICO	38
1. <i>Aclaración previa</i>	38
2. <i>Se puede reconocer en cualquier documento público</i>	39
3. <i>Documentos públicos recogidos en el artículo 188, párrafo primero, R.R.c</i>	41
1. Escritura pública	42
2. Acta civil de celebración del matrimonio de los padres	46
3. Expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo	50
4. Capitulaciones matrimoniales	51
5. Acto de conciliación	54
IV RECONOCIMIENTO EN TESTAMENTO	54
1. <i>Clases de testamento en los que se puede reconocer</i>	54
1. Planteamiento de la cuestión	54
2. Posición personal	55

3. Problemática del testamento ológrafo con un reconocimiento como único contenido	63
2. <i>Capacidad para reconocer en testamento</i>	66
1. Acumulación de reglas sobre capacidad	66
2. Posibles especialidades de la capacidad para reconocer en testamento	70
3. <i>Eficacia del reconocimiento testamentario</i>	73
1. Supuestos conflictivos	74
2. Falta de regulación legal expresa	74
3. Argumentos en favor y en contra de la eficacia inmediata o <i>inter vivos</i>	75
4. Desarrollo de la cuestión	79
4.1. Reconocimiento y testamento	79
4.1.1. Similitudes y diferencias	79
4.1.2. Relevancia de la intención de testar	88
4.1.3. Reconocimiento en testamento que contiene, además, otras disposiciones	95
4.1.4. Reconocimiento en testamento como único contenido	97
4.2. Reconocimiento en testamento y reconocimiento en documento público	110
4.2.1. Unicidad o pluralidad de regímenes jurídicos dependiendo de la forma del reconocimiento	110
4.2.2. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado	115
4. <i>Revocación y nulidad del testamento</i>	119
CAPÍTULO III: SUJETO RECONOCEDOR	124
I INTRODUCCIÓN	124
II RECONOCIMIENTO DE HIJO NO MATRIMONIAL POR MUJER CASADA	126
1. <i>Delimitación de los supuestos conflictivos</i>	127
2. <i>Reconocimiento materno sin constancia previa de filiación paterna</i>	128
3. <i>Reconocimiento materno cuando ya está inscrita la filiación paterna no matrimonial</i>	130
III CAPACIDAD PARA RECONOCER	134
1. <i>Ideas preliminares</i>	134
2. <i>Sujetos comprendidos en el artículo 121 C.c.</i>	137
1. Incapaces	137
1.1. Incapaces son los incapacitados por sentencia judicial	137
1.2. Incapacitados por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas	140
1.3. Declarados pródigos	142
2. Quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad	144
2.1. Planteamiento de las dos cuestiones a tratar	144
2.2. Menores que necesitan aprobación judicial para reconocer válidamente	145
2.2.1. Posiciones doctrinales	145
2.2.2. Antecedentes legislativos	151
2.2.3. La edad para contraer matrimonio	159
2.2.4. Concreción de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>	165
2.3. Edad mínima para reconocer	177
2.3.1. Falta de regulación en el Código civil	177
2.3.2. Regulación expresa en los Derechos catalán y navarro	180
3. <i>Régimen de validez de los reconocimientos otorgados por estos sujetos</i>	186

1. Necesidad de la aprobación judicial para la validez del reconocimiento.....	186
2. Función de la aprobación judicial.....	188
3. Criterios para conceder o denegar la aprobación judicial.....	192
4. Procedimiento. Audiencia del Ministerio Fiscal.....	197
CAPÍTULO IV: RECONOCIDO MAYOR DE EDAD.....	199
I INTRODUCCIÓN.....	199
II FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL HIJO MAYOR DE EDAD.....	200
1. <i>Respeto del principio de verdad biológica</i>	200
2. <i>Respeto de la voluntad del otro sujeto de la relación paterno o materno-filial</i>	204
III SUJETOS A LOS QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 123 C.C.....	208
1. <i>Ideas preliminares</i>	208
2. <i>Reconocido mayor de edad y capaz</i>	209
3. <i>Reconocido menor emancipado</i>	210
4. <i>Reconocido incapacitado sometido a curatela y declarado pródigo</i>	211
IV RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTOS RECONOCIMIENTOS.....	216
1. <i>Eficacia e inscripción del reconocimiento</i>	216
2. <i>Ámbito de aplicación de este régimen</i>	217
1. <i>Mayoría de edad y/o capacidad suficiente del hijo posteriores a su reconocimiento</i>	217
2. <i>Incapacitación del hijo mayor de edad reconocido</i>	220
3. <i>Forma del consentimiento</i>	223
1. <i>Fundamento</i>	223
2. <i>Consentimiento expreso</i>	224
3. <i>Consentimiento tácito</i>	227
4. <i>Irrevocabilidad y ausencia de vicios del consentimiento</i>	228
5. <i>Plazo para prestar el consentimiento y posición del reconocedor ante la falta de consentimiento</i>	229
CAPÍTULO V: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN GENERAL.....	234
I INTRODUCCIÓN.....	234
II FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL O LA APROBACIÓN JUDICIAL.....	238
III SUJETOS A LOS QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 124 C.C.....	241
1. <i>Menores de edad no emancipados</i>	241
2. <i>Incapacitados sometidos a tutela</i>	242
IV RÉGIMEN GENERAL A QUE ESTÁN SOMETIDOS ESTOS RECONOCIMIENTOS.....	243
1. <i>Eficacia e inscripción del reconocimiento</i>	243
2. <i>Requisitos exigidos para la eficacia del reconocimiento: consentimiento del representante legal o aprobación judicial</i>	246
1. <i>Planteamiento de las cuestiones a tratar</i>	246
2. <i>Alternatividad o subsidiariedad de la aprobación judicial</i>	249
3. <i>Subsidiariedad del consentimiento del representante legal y de la aprobación judicial</i>	257
3. <i>Consentimiento del representante legal</i>	259
1. <i>Quién es el representante legal</i>	259

1.1. Supuestos de representación legal constituida.....	260
1.2. Supuestos de representación legal no constituida.....	262
1.2.1. Ejercicio de la representación legal por el Ministerio Fiscal.....	263
1.2.2. Ejercicio de la representación legal por posesión de estado.....	267
1.2.2.1. Planteamiento de la cuestión.....	267
1.2.2.2. Valor de la posesión de estado recogida en el artículo 113 C.c.....	269
1.2.2.3. Tratamiento específico de los reconocimientos bilaterales y simultáneos.....	280
1.2.2.4. Supuesto en el que el progenitor que reconoce ejerce la representación legal por posesión de estado.....	286
1.3. El representante legal es, a su vez, menor no emancipado.....	290
2. Consentimiento expreso del representante legal.....	292
2.1. Forma del consentimiento.....	292
2.2. Irrevocabilidad del consentimiento y ausencia de vicios.....	296
3. Criterios de actuación del representante legal.....	298
4. <i>Aprobación judicial</i>	302
1. Criterios a tener en cuenta por el Juez.....	302
1.1. Falta de regulación expresa.....	302
1.2. Opiniones doctrinales.....	302
1.3. Verdad biológica e interés del hijo.....	306
1.4. Concreción del interés del hijo menor o incapacitado.....	321
2. Juez competente para aprobar el reconocimiento.....	325
3. Procedimiento de jurisdicción voluntaria.....	327
3.1. Procedimiento en el que se sustancia la aprobación judicial y régimen de recursos.....	327
3.2. Audiencia del Ministerio Fiscal.....	328
3.3. Audiencia del progenitor legalmente conocido.....	330
3.4. Audiencia de otras personas.....	336
CAPÍTULO VI: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN ESPECIAL.....	343
I INTRODUCCIÓN.....	343
II RECONOCIMIENTO DENTRO DEL PLAZO PARA PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO.....	344
1. <i>Fundamento de su especial regulación</i>	344
2. <i>Elementos definidores del reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento</i>	346
1. Plazo para practicar la inscripción de nacimiento.....	346
2. Forma del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.....	349
2.1. Aptitud de cualquier forma para que sea aplicable el párrafo segundo del artículo 124 C.c.....	349
2.2. Reconocimiento en testamento notarial abierto.....	353
3. <i>Régimen de eficacia de estos reconocimientos</i>	357
1. Eficacia automática, pero provisional, del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.....	357
2. Suspensión de la inscripción de paternidad.....	358
2.1. Posibilidad de suspender la inscripción de paternidad.....	358
2.1.1. Justificación de la imposibilidad de suspender la inscripción de maternidad.....	358

2.1.2. La posibilidad de suspensión se concede a la madre como representante legal del hijo.....	362
2.1.3. Imposibilidad de suspender la inscripción de paternidad si el reconocimiento cuenta con el consentimiento del representante legal o con la aprobación judicial.....	371
2.2. Objeto de la suspensión.....	374
2.3. Naturaleza jurídica del poder jurídico concedido a la madre.....	377
2.4. Capacidad exigida para ejercitar la facultad de suspensión.....	377
2.5. Plazo para solicitar la suspensión.....	378
2.6. Ejercicio de la facultad de suspensión.....	386
3. Confirmación de la inscripción suspendida.....	389
3.1. Objeto de la confirmación.....	389
3.2. Confirmación de la eficacia del reconocimiento o privación de ella.....	390
3.2.1. Insuficiencia de la regulación.....	390
3.2.2. Otorgamiento de otro reconocimiento cuando la eficacia del efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento está suspendida.....	391
3.2.3. Soluciones para evitar que la suspensión de la eficacia del reconocimiento pueda llegar a ser indefinida.....	395
3.3. Plazo para solicitar la confirmación de la inscripción.....	404
3.4. Régimen de la aprobación judicial y criterios a tener en cuenta por el Juez.....	405
3.5. Otros modos de adquirir eficacia definitiva el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.....	407
III RECONOCIMIENTO EN TESTAMENTO.....	408
1. Introducción.....	408
2. Régimen de eficacia de los reconocimientos testamentarios de hijos menores o incapacitados.....	409
1. Regulación establecida por el artículo 188 R.R.c.....	409
1.1. Exención de requisitos complementarios sólo tras la defunción del reconocedor.....	409
1.2. Eficacia <i>inter vivos</i> o <i>post mortem</i> del reconocimiento testamentario de hijo menor o incapacitado.....	411
1.3. Imposibilidad de pedir la suspensión de la inscripción de paternidad.....	417
1.4. Recapitulación.....	425
2. Interpretación correctora: integración del reconocimiento testamentario en el primer párrafo del artículo 124 C.c.....	426

CAPÍTULO VII: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN APLICABLE CUANDO LOS PROGENITORES SON HERMANOS O CONSANGUÍNEOS EN LÍNEA RECTA.....

I CONSIDERACIONES PREVIAS.....	430
II RÉGIMEN ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 125 C.C.....	435
1. <i>Ámbito de aplicación</i>	435
1. Aspectos subjetivos.....	435
2. Aspectos objetivos.....	437
2.1. Se exige la autorización judicial sólo para la determinación de la segunda filiación.....	437
2.2. Reconocimientos simultáneos.....	441
2.3. Reconocimiento paterno simultáneo a la declaración de maternidad a los	

efectos del artículo 120.4º C.c.....	442
2. <i>Previa autorización judicial</i>	444
1. Función de la autorización judicial.....	445
2. Finalidad de la autorización judicial.....	449
3. <i>Invalidación de la determinación de la filiación</i>	456
CAPÍTULO VIII: RECONOCIDO YA FALLECIDO	461
I INTRODUCCIÓN.....	461
II SUPUESTOS DE HECHO A LOS QUE CABE APLICAR EL ARTÍCULO 126 C.C.....	465
1. <i>Fallecimiento del hijo y reconocimiento</i>	465
1. Irrelevancia del tiempo, anterior o posterior al fallecimiento, en que se otorga el reconocimiento.....	465
2. Posible distinción de los reconocimientos otorgados antes del fallecimiento del hijo sin descendencia.....	470
2. <i>Existencia o falta de descendientes</i>	473
1. Inclusión de ambos supuestos en el artículo 126 C.c.....	473
2. Reconocimiento en testamento eficaz a la muerte del reconocedor.....	476
3. Fallecimiento del hijo dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento.....	479
4. El consentimiento de los descendientes no es requisito de validez del reconocimiento cuando aquéllos faltan.....	486
III RÉGIMEN DE EFICACIA DE LOS RECONOCIMIENTOS DE HIJOS YA FALLECIDOS.....	488
1. <i>Eficacia e inscripción del reconocimiento</i>	489
2. <i>Descendientes que pueden prestar su consentimiento al reconocimiento</i>	489
3. <i>Consentimiento de todos los descendientes</i>	490
4. <i>Consentimiento por los representantes legales de los descendientes</i>	494
1. Descendientes menores de edad o incapacitados.....	494
2. Imposibilidad, como regla general, de la aprobación judicial.....	494
3. Posibles excepciones a esa regla general.....	498
5. <i>Forma del consentimiento de los descendientes del hijo fallecido</i>	501
CONCLUSIONES	XX
BIBLIOGRAFÍA	XXXIX

INTRODUCCIÓN

El artículo 120.1º del Código civil establece que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. A continuación el Código, en los artículos 121 a 124, 125 (aplicable, en general, siempre que se trate de determinar la filiación) y 126, desgrana las normas a aplicar para que dicho reconocimiento formal determine efectivamente la filiación no matrimonial, normas que atienden fundamentalmente a la capacidad del autor del reconocimiento y a los requisitos que, en función del sujeto reconocido, son necesarios para que tal reconocimiento surta efectos, es decir, determine la filiación.

Es el estudio de este régimen jurídico de determinación de la filiación no matrimonial por medio del reconocimiento regulado en el artículo 120.1º C.c., o si se prefiere el comentario de los preceptos contenidos en los artículos mencionados, el objeto del presente trabajo, si bien no puede iniciarse sin esbozar algunas ideas previas sobre el objeto de dicho reconocimiento -la filiación-, y sobre su finalidad -la determinación legal de la filiación-.

A riesgo de que se nos tache de poco originales, no cabe otro comienzo que señalar algo tan evidente como que toda persona tiene un padre y una madre biológicos, toda persona es hija de alguien, es decir, procede de un hombre y una mujer. En definitiva, cualquier persona tiene una filiación, entendida como "procedencia de los hijos respecto a los padres"¹;

¹ *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 21ª edición, ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992.

mejor dicho, tiene una filiación paterna y una filiación materna, pues desciende de un padre y una madre. Ahora bien, esta procedencia biológica, en abstracto, de todo individuo de un hombre y una mujer, es desconocida para el Derecho en cada caso concreto: el solo hecho de la existencia de una persona, aunque sea seguro que tiene un padre y una madre que la han procreado, no sirve para constatar quiénes son ese padre y esa madre. Para que la filiación biológica concreta de una persona conste jurídicamente, sea conocida para el Derecho, son necesarios, en consecuencia, otros eventos que, delimitados por la propia Ley, den noticia de la procedencia del hijo respecto de sus padres². Cabe distinguir, así, entre filiación biológica, atributo de cualquier individuo, y filiación (natural) jurídica o filiación determinada legalmente, que será la relación paterno o materno-filial constatada por alguno de los medios prefijados legalmente que sirven para probar (aunque sea como mera presunción) la filiación biológica³.

La filiación jurídica es la filiación biológica que ha quedado determinada legalmente

² Centrándose en la paternidad, señala RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 87, que "El secreto que rodea a la concepción y lo inexplorable o dificultad de prueba de la paternidad, llevan consigo el problema de determinar la paternidad de cada persona que viene al mundo. Sin embargo, dada la importancia que ello tiene en la formación del estado de las personas, asunto de trascendencia social donde el interés público predomina sobre el privado, no podía quedar en mera cuestión de hecho, sólo determinable a voluntad de los particulares o tras contienda judicial, por lo que, como cuestión de derecho, tenía el legislador que tomar partido y regularlo convenientemente"

³ PINTÓ RUIZ, "De la filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXVI, Vol. 1, Artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña, ed. Edersa, 1981, pág. 195, recoge la distinción de CICU entre filiación como hecho natural y como hecho jurídico, señalando, en relación a la situación anterior a la reforma de la filiación, que "estas palabras, por responder a los sistemas que no admiten la investigación de la paternidad como el actual C.C., obligan a una honda meditación. En efecto, si hecho jurídico es aquel acontecimiento o mutación que produce efectos jurídicos, al distinguirse la filiación como hecho natural y como hecho jurídico, es evidente que ambos conceptos no coinciden, y que aunque tal identificación se dé en la mayoría de los casos, en otros no ocurre tal cosa, o, en fin, que el simple hecho natural ora no baste por sí mismo para generar la relación jurídica propia, ora no sea contemplado por el Derecho". En nuestra opinión, la distinción entre hecho natural y hecho jurídico sigue estando vigente, aunque opere plenamente en el campo judicial el principio de libre investigación de la paternidad, pues la paternidad (y, en menor grado, la maternidad) como hecho natural es algo desconocido para el Derecho, que debe tener su reflejo jurídico siempre que sea constatado. La distinción entre filiación biológica y filiación jurídica no nos impide, no obstante, abogar por la coincidencia entre ambas, coincidencia exigible en un sistema como el nuestro actual. El hecho físico de la generación es fundamental, pues es la base de la filiación jurídica, y debe ser tenido en cuenta por el Derecho siempre que pueda ser demostrado.

por alguno de los mecanismos previstos para ello⁴, que, a tenor del enunciado de los artículos 115 y 120 del Código civil (<<La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:...>>, y <<La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:...>>), son los delimitados por los citados preceptos. De la importancia que, en nuestro sistema, tiene esta determinación legal de la filiación, nos informa la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: "Dos son, en esencia, los problemas que ha de resolver el Derecho, en relación con el hecho de la filiación. Uno, el de su determinación legal, que debe ajustarse a reglas estrictas por tratarse de un hecho que, como todos los que afectan al estado civil, tiene efectos generales"⁵. No basta, pues, cualquier constatación del hecho de la paternidad o de la maternidad para que la filiación se determine legalmente, sino que, por el contrario, esa constatación debe producirse a través de alguno de los medios tasados por la Ley. Uno de estos medios que conducen al establecimiento de la filiación jurídica, a los que llamamos títulos de determinación legal de la filiación, es el reconocimiento formal de la filiación, contenido en el artículo 120.1º C.c.

Aparece así el reconocimiento formal, la declaración voluntaria de paternidad o maternidad emitida por los propios progenitores, como el acto en el que la Ley se basa para

⁴ Dan gran importancia a la determinación legal de la filiación BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, coordinador Montés, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 361, cuando dice que "la necesidad de determinar la filiación se impone por la propia naturaleza del hecho biológico al que el legislador liga normalmente la constitución de la relación jurídica de filiación. Es decir, la determinación de la filiación implica responder, desde una perspectiva estrictamente jurídica, quiénes son el padre y la madre, a quién se atribuye el *status* jurídico de padre y a quién el de madre. O, si se prefiere, por qué causa nace la relación jurídica de filiación, a qué hecho (o hechos) liga el ordenamiento jurídico el nacimiento de un vínculo que une (con un determinado contenido y función) a una persona (progenitor o no) con otra (procreado o no por aquélla)", y RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", en *Las reformas del Código civil por Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, pág. 133, quien señala que "el hecho biológico de la generación no puede desplegar por sí solo -tampoco en la reforma- toda su eficacia jurídica; es preciso que resulte establecido, no sólo en cuanto a las partes, sino respecto de los terceros, y por tanto, de acuerdo con el artículo 1.218 del Código Civil, que conste en documento público".

⁵ *Código Civil (Reformas 1978-1983) Trabajos Parlamentarios*, I, Cortes Generales, 1985, pág. 173.

determinar legalmente la filiación, paterna o materna, del hijo reconocido. Si tenemos en cuenta, además, que con dicho reconocimiento se trata de establecer la filiación natural del hijo, la filiación que, contrariamente a la adoptiva (distinguidas por el artículo 108 C.c.), se basa en el hecho biológico de la procreación⁶, se entiende la relación bifronte que, a nuestro parecer, cabe establecer entre reconocimiento y filiación.

El reconocimiento, por una parte, se proyecta hacia el pasado, sirviendo de prueba de la filiación biológica que se trata de determinar, y por ello la Ley, que admite expresamente el reconocimiento como título de determinación de esta filiación por naturaleza, necesariamente tiene que presumir la coincidencia entre filiación real y filiación reconocida. En relación, pues, con la filiación biológica el reconocimiento es un acto meramente declarativo, pues el hecho natural de la filiación existe desde el nacimiento.

Pero el reconocimiento, por otra parte, es elemento necesario (aunque no exclusivo ni único) para que la filiación biológica quede determinada legalmente, pues para la existencia de esta filiación que hemos llamado jurídica es imprescindible la concurrencia de alguno de los medios, tasados, que funcionan como títulos de determinación legal de la filiación. En este sentido, el reconocimiento actúa en cierta medida como acto constitutivo de la filiación jurídica, de la filiación determinada legalmente, acto que se añade, para constituir el estado civil de filiación determinada (opuesto, como veremos, al de filiación no determinada), al hecho biológico de la procreación, que, como hemos señalado, se prueba, a modo de presunción, a través del propio reconocimiento⁷.

⁶ Como escribió RIVERO, "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, I, pág. 220, "por definición, la relación jurídica paterno-filial es, o pretende ser, la expresión jurídica de una relación biológica que une a progenitor y progenitura; de ahí que esa relación jurídica tiene fundamentalmente una base biológica inexcusable, sobre la que se levanta, en principio, la institución".

⁷ Los títulos de determinación legal de la filiación son vistos como títulos bien de atribución, bien de legitimación, en la terminología clásica de DE CASTRO, del estado civil. Un ejemplo, anterior a la reforma de la filiación y por ello necesitado de adaptación a la situación actual, de las dos posturas posibles a adoptar lo

Queda así explicado el significado que, en nuestra opinión, debe darse, en general, a cualquier título de determinación legal de la filiación, en base al artículo 112 C.c. La filiación por naturaleza, que se distingue de la adoptiva porque aquélla se basa en el hecho biológico de la procreación, engloba, por definición, tanto la filiación biológica o filiación de hecho como la filiación legalmente determinada o de Derecho. La primera produce efectos desde que existe en el terreno de los hechos, es decir, desde que tiene lugar, por ello puede acreditarse, aunque no esté determinada legalmente, por posesión de estado como admite el artículo 113 C.c.; pero la filiación jurídica o filiación biológica determinada legalmente sólo tiene efectos desde que se produce esa determinación, efectos que deben retrotraerse al inicio de la eficacia de esa filiación biológica que es la determinada legalmente.

Procede matizar a continuación el sentido que tiene para nosotros la consideración,

tenemos en las opiniones, referidas a la sentencia (y acción tendente a la misma) que podía declarar la filiación no matrimonial de acuerdo con el art. 4º de la Compilación catalana, de dos ilustres civilistas como DÍEZ-PICAZO y RIVERO. Según DÍEZ-PICAZO, "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña", en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, I, pág. 90, "la acción tiene carácter declarativo respecto del hecho mismo de la paternidad o de la maternidad. Declara este hecho y deja constancia del mismo. Sin embargo, respecto de las consecuencias ulteriores del hecho declarado, la sentencia puede tener carácter constitutivo (...) Cuando de la declaración deriva un estado civil (el estado de filiación natural) y una relación paterno-filial, la sentencia es el título de atribución del estado y el hecho causante de la relación jurídica paterno-filial, por lo cual, en este aspecto, es constitutiva y no debe tener, con carácter general, efecto retroactivo" (esta afirmación no puede aceptarse, debido a lo establecido por el art. 112 C.c., en cuanto a la irretroactividad de la sentencia). En cambio, RIVERO, "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", ob. cit., pág. 88, piensa que "esa sentencia no crea *ex novo* la relación jurídica paterno-filial, como tampoco la inscripción en el Registro Civil crea la filiación legítima. Una y otra constituyen el correspondiente título de estado en cuanto medio jurídico de hacer valer la relación correspondiente. La *causa iuris* de una y otra es anterior, se hallan al margen de la sentencia: ésta declara lo que existía antes y era desconocido (...) Acepto que la sentencia, declarativa, constituya el título -por no haber otro- de la relación paterno-filial, la única forma de acreditarla y hacerla valer; pero no creo que eso la convierta en sentencia, ni en acción, constitutiva"

Con posterioridad a la reforma, un ejemplo de la primera tesis lo tendríamos en BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 362, "¿de qué hechos deriva (determina) el legislador la relación jurídica de filiación? La respuesta obviamente no está en la naturaleza sino en el ordenamiento jurídico", y por ello "la determinación tiene carácter constitutivo de tal manera que puede decirse que antes de la determinación no hay, en puridad, relación jurídica de filiación, a pesar del sentir popular" En cambio, RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, Vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 40, después de señalar que el tratamiento de la determinación de la filiación no es demasiado claro, incluso desafortunado, mantiene que el título de atribución de la filiación es el hecho de la generación, viniendo la determinación a constatar jurídicamente el hecho biológico de la procreación.

como estado civil, del objeto del reconocimiento que estudiamos, es decir, de la filiación *no matrimonial*⁸.

La filiación, como fuente de derechos y obligaciones⁹, es un estado civil¹⁰, pero así definido el estado civil llegamos a la conclusión de que no cabe hablar de estado civil de hijo matrimonial y estado civil de hijo no matrimonial¹¹, pues ambas filiaciones surten los mismos

⁸ En orden a la relevancia de la calificación (hoy matrimonial o no matrimonial) de la relación de filiación, decía RIVERO, "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", ob. cit., pág. 229, que "la realidad humana y jurídica que hay en la base de aquella relación queda a veces desplazada por su calificación valorativa (legítima o ilegítima, según la terminología clásica), valoración que absorbe excesivamente la atención de muchos hasta el punto de olvidar lo principal -la relación en sí, su esencia- para fijarse especialmente en lo adjetivo, en lo accidental, en su calificativo, o en el mejor de los casos para estudiar la relación jurídica a través del prisma de su calificación: la filiación en función de lo legítimo o de lo ilegítimo"

⁹ Este sentido de estado civil lo encontramos, por ejemplo, en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 233: "el estado civil no es sólo lo determinante de una diferente capacidad de obrar de las personas, sino también fuente de derechos y deberes"

¹⁰ Resume el estado actual de la cuestión PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 141 a 151. Señala la autora que no es una cuestión indiscutida la consideración de las distintas clases de filiación como estados civiles, y como parece evidente que la filiación, *per se*, no afecta a la capacidad de obrar, se ha tratado de superar este inconveniente propugnando una modificación en el concepto de estado civil, "insistiendo en la incidencia que el mismo produce en los derechos y deberes de las personas". Pero sigue diciendo que "frente a esto, se ha advertido que el ser hijo matrimonial o extramatrimonial no determina ya mayores o menores derechos".

¹¹ La doctrina italiana es especialmente sensible a esta cuestión. Así, DOGLIOTTI, "Ricerca della maternità naturale e tutela dei figli nati fuori del matrimonio", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, pág. 6, citando a BESSONE, ALPA, D'ANGELO y FERRANDO, señala que "la riforma del diritto di famiglia, assicurando ampia dignità ai figli nati fuori del matrimonio e parificando quasi totalmente la condizione di questi e dei figli legittimi, tanto che, como è stato esattamente osservato, <<non sembra più possibile mantenere la distinzione tra due diversi status di filiazione, che non trova nei residui e tutto sommato marginali elementi di differenziazione sufficienti ragioni di giustificazione>>". Más recientemente, FERRANDO, "Orientamenti e tendenze in tema di filiazione", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1991, 2, pág. 313, nos informa de que "la proposta di ricondurre la filiazione ad un unico status è stata formulata dalla dottrina consapevole che le marginali differenze che ancora segnano la condizione dei figli legittimi e naturali non sono tali da compromettere la sostanziale unicità del loro rapporto nei confronti dei genitori". No obstante, DELITALA, "Il figlio concepito da donna legalmente separata dal marito", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1981, 2, pág. 345, distingue claramente entre "lo stato di legittimità" y "lo stato di filiazione naturale". En nuestra doctrina, DÍEZ DEL CORRAL, "Del Registro del estado civil", en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 889, mantiene que son estados civiles "los de hijo adoptivo, matrimonial y no matrimonial (la equiparación de efectos entre estas filiaciones según el art. 108 CC no obsta a esta conclusión ante las grandes diferencias existentes en orden a su determinación y a las acciones de reclamación e impugnación)".

efectos según el artículo 108 C.c.¹². Desde esta perspectiva, el estado civil de filiación, sólo tendría, por lo que a la filiación por naturaleza se refiere¹³, dos manifestaciones: filiación determinada y filiación no determinada, que podrían desglosarse, en el caso de que los padres no estén casados entre sí, en filiación paterna determinada y materna no y viceversa¹⁴. Que la filiación esté o no determinada, que sea conocida o desconocida para el Derecho, conlleva una diferente posición de las personas en el terreno legal, unos diferentes derechos y deberes -todos los que se derivan de la pertenencia a una familia-, que se pueden ejercitar o no dependiendo, precisamente, de que la filiación, por la que se adquiere el *status familiae*, esté determinada o no¹⁵.

¹² Fuera de nuestras fronteras, FERRANDO, "Orientamenti e tendenze in tema di filiazione", ob. cit., pág. 321, ha resaltado la evolución del ordenamiento español en cuanto a la parificación, tanto formal como sustantiva, entre hijos matrimoniales ("legittimi") y no matrimoniales ("naturali"), concretando que "la condizione di figlio è ora unica indipendentemente dal modo in cui venga accertata, mentre il matrimonio rileva sul semplice piano dell'accertamento della filiazione in quanto rende applicabile la presunzione di paternità del marito". Concluye que en este sentido se puede hablar de una "separación" entre filiación y matrimonio, por cuanto la disciplina de la relación de filiación prescinde de la existencia o no del matrimonio de los progenitores.

¹³ La filiación por adopción escapa de nuestro estudio, aunque se ha señalado por PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, ob. cit., pág. 149, que "aun cuando, como parece que hace el legislador, se entienda que la adopción es un tipo o clase de filiación, no cabe duda de que por sus caracteres y peculiar régimen, no resultan aplicables con el mismo alcance que a la filiación por naturaleza todos los rasgos predicados del estado civil"

¹⁴ Desde otro punto de vista, pero también tratando de superar la tradicional separación, y distinta calificación, de la filiación matrimonial y la no matrimonial, ha señalado FERRANDO, "Orientamenti e tendenze in tema di filiazione", ob. cit., pág. 309, que los nuevos fenómenos sociales obligan a la revisión de los principios tradicionales, y así, "nella disciplina dei rapporti di filiazione ci si avvede che la linea di demarcazione sembra correre non più sul piano formale della sua qualificazione come legittima o naturale, ma piuttosto su quello fattuale della convivenza o meno dei genitori"

¹⁵ Señala RIVERO, en *Elementos de Derechos Civil*, IV, ob. cit., pág. 33, que la filiación otorga al hijo una posición determinada en una familia y, por su conducto, en la comunidad local, es decir, que la determinación de la filiación atribuye un *status familiae*, pero no es determinante de un estado civil (entendiendo estado civil como situaciones que influyen en la capacidad de las personas y sirven de módulo determinante de derechos y su ejercicio). Obviamente, la consideración de la filiación como estado civil o no, teniendo en cuenta la relevancia que su determinación tiene en el haz de derechos y deberes de una persona, dependerá del concepto que se defiende de estado civil. Así, PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, ob. cit., págs. 29 a 31, advierte que las reformas legislativas producidas en los últimos años obligan a reconsiderar qué concepto de estado se mantiene en nuestro ordenamiento, pues en la actualidad ni el matrimonio ni la filiación, tradicionalmente considerados como estados civiles, en nada afectan a la capacidad de obrar. Ante esta realidad, y partiendo de la imposibilidad de prescindir del estado civil, "el intérprete puede, de una parte, excluir del concepto de estado civil aquellas situaciones que no afecten a la capacidad de obrar de las personas. O bien, en

Así entendido el estado civil de filiación, como fuente de derechos y obligaciones, la única distinción que puede establecerse entre la filiación matrimonial y la no matrimonial es que, la primera, si está determinada, lo está respecto de los dos progenitores, mientras que la segunda puede estar determinada sólo respecto de uno de los progenitores, lo que conllevará efectivamente distintos derechos y deberes familiares, con las dos líneas parentales, o sólo con una. Pero esta distinción no se deriva directamente de que la filiación sea matrimonial o no, sino de que esté determinada respecto de los dos progenitores o respecto de uno solo.

Lo anterior no quiere decir que sea irrelevante frente al Derecho la existencia o no de matrimonio entre los progenitores. Por el contrario, si entendemos que los estados civiles "definen la situación jurídica de la persona en la sociedad"¹⁶, cabría distinguir entre filiación matrimonial y no matrimonial, pues jurídicamente, de cara a la determinación (e impugnación judicial -vid. arts. 136 a 141 C.c.-) de la filiación, los protagonistas de la filiación matrimonial no están en la misma posición que los de la no matrimonial. El matrimonio de los progenitores incide decisivamente en la determinación de la filiación, sobre todo en la determinación de la paternidad. La Ley, si la filiación materna está determinada, la madre está casada, y el nacimiento se produce constante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la separación, divorcio o nulidad del mismo, presume que el padre es el marido de la madre. Se facilita, así, en situaciones de normalidad del matrimonio, la determinación de la filiación paterna matrimonial, que se produce automáticamente, lo que no ocurre cuando no consta

segundo lugar, como ha venido haciendo la mayor parte de la doctrina, adaptar la definición del concepto de estado civil para continuar incluyendo en él las situaciones consideradas tradicionalmente como estados civiles. Y, de este modo, se propone un concepto de estado civil no sólo determinante de una diferente capacidad de obrar de las personas, sino también fuente de derechos y deberes. De este modo, no habría ningún inconveniente en seguir considerando como estados civiles aquellas situaciones que no afecten a la capacidad de obrar de las personas como, por ejemplo, las que resultan del matrimonio o la filiación"

¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 34, predica esta característica de todos los estados civiles.

dicho matrimonio o falta la presunción de paternidad, en cuyo caso será necesario un acto del presunto padre reconociendo formalmente su paternidad (art. 120.1º C.c.) o acudir a algún otro de los títulos de determinación legal de la filiación (los contenidos en los artículos 115.2º y 118 si es matrimonial, que a su vez son distintos -en el caso de la sentencia, por la distinta legitimación para accionar que conceden los artículos 132 y 133 C.c.- de los previstos en el artículo 120, números 2º y 3º, C.c. para la no matrimonial).

En cuanto a la filiación materna, pensamos que los títulos de determinación legal, por lo menos en vía extrajudicial, son los mismos ya esté casada o no la madre, pues el medio de determinación de la filiación matrimonial previsto por el artículo 115.1º C.c. no es suficiente, sin más, para constatar la maternidad (ni de la inscripción de nacimiento del hijo ni de la del matrimonio de los progenitores se puede deducir quién es la madre del nacido), sin que encontremos ninguna otra norma entre las que regulan la determinación de la filiación matrimonial que complete dicho título. En estos casos, la determinación de la filiación materna es algo previo e independiente de la matrimonialidad o no matrimonialidad de la filiación, por lo que no cabe distinguir en función de esta calificación. Su determinación legal, si no se produce dentro del plazo para inscribir el nacimiento del hijo de acuerdo con lo establecido por el artículo 120.4º C.c., también necesitará de un reconocimiento formal efectuado por la propia madre o de algún otro medio de determinación extrajudicial (el contenido en el artículo 120.2º C.c.). Sí cabe distinguir, sin embargo, entre filiación matrimonial y no matrimonial cuando la determinación de la maternidad se intente por vía judicial, a través de sentencia (arts. 115.2º y 120.3º C.c.), ya que el régimen de las acciones de filiación es distinto en uno y otro caso (cfr. arts. 132 y 133 C.c.).

En resumen, de la filiación no matrimonial determinada legalmente (por ejemplo, por medio del reconocimiento formal que estudiamos) se derivan los mismos derechos y

obligaciones que de la filiación matrimonial también determinada, pero la posición jurídica de la persona, para conseguir esa determinación o la posterior impugnación, es distinta dependiendo de la matrimonialidad o no matrimonialidad de la filiación que se pretende determinar o impugnar.

Una vez explicados los sentidos de filiación, concretamente filiación no matrimonial, y determinación de la filiación no matrimonial, objeto y finalidad, respectivamente, del reconocimiento, podemos adelantar a grandes rasgos el contenido de las próximas páginas.

Delimitamos, en primer lugar, el tema de nuestro estudio, que sólo es el reconocimiento que funciona como título de determinación legal de la filiación, es decir, el reconocimiento formal, o, como dice el artículo 120.1º C.c., <<el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público>>. Es la forma solemne, auténtica en realidad, lo que caracteriza al reconocimiento como título de determinación legal de la filiación, frente a otras manifestaciones de reconocimiento como las contenidas en el artículo 135 C.c. y en el artículo 49.1ª L.R.c. Y es además esta función peculiar del reconocimiento formal la que incide en la naturaleza del mismo, que no se puede generalizar, sino circunscribir a esa concreta función que cumple.

Los requisitos necesarios para que este reconocimiento determine la filiación pueden bifurcarse en dos direcciones dependiendo de los dos sujetos, activo y pasivo, del acto: el reconocedor y el reconocido¹⁷. A este respecto, queremos adelantar que consideramos los requisitos referidos al reconocedor como elementos de validez del reconocimiento, y los

¹⁷ La exigencia de estos requisitos para que el reconocimiento despliegue todos sus efectos está en consonancia con la importancia de estos efectos, por lo que no puede trasladarse a nuestro ordenamiento la afirmación que hacía, para el Derecho francés, GOGUEY, *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*, ed. Librairies Techniques, París, 1959, pág. 13: "Il est peu d'actes aux conséquences aussi graves qu'une reconnaissance d'enfant naturel... Or, il est peu d'actes dont les conditions soient moins rigoureuses"

referidos al reconocido como elementos de eficacia del acto, necesarios para que el reconocimiento válido cumpla precisamente la función que está llamado a cumplir, es decir, determine la filiación.

En cuanto al reconocedor, destacamos que el artículo 121 C.c., que admite la capacidad para reconocer aunque el sujeto no tenga capacidad de obrar plena, establece un control de la misma en el caso de los menores no emancipados (los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad) y de los incapacitados, control que se traduce en la necesaria aprobación judicial para que el reconocimiento sea válido. En este mismo capítulo, nos planteamos una cuestión independiente de la capacidad del autor del reconocimiento, como es la posibilidad de reconocer la filiación como no matrimonial si quien reconoce es una mujer casada, vigente la presunción de paternidad del marido.

Respecto del reconocido, el trabajo se amplía por la variedad de situaciones en las que puede encontrarse el hijo, en función de si está vivo o ya ha fallecido y, en el primer caso, de su capacidad de obrar. Para la determinación de su filiación por medio de un reconocimiento se exige en cualquier caso un elemento complementario, que es la aceptación de dicho reconocimiento por las personas directamente afectadas por la relación de filiación a determinar, aunque la concreción de quiénes sean varía dependiendo de que el hijo esté vivo o no. Si vive, es él el directamente vinculado, por lo que a él le corresponde consentir el reconocimiento si tiene la suficiente capacidad, o, en defecto de ésta, a los que velan por sus intereses sustituyéndole en una decisión tan trascendental como el establecimiento de la filiación: su representante legal o el Juez. Si ya ha fallecido, los directamente afectados serán sus descendientes, que por una especie de "derecho de representación" se colocan en el lugar familiar que correspondía al hijo, por lo que se exige su consentimiento para que el reconocimiento del hijo ya fallecido determine su filiación.

Problema importante a dilucidar es la correcta delimitación, en función del sujeto reconocido, de cuándo procede aplicar el artículo 123 C.c., que prevé el cosentimiento del propio hijo, y cuándo el artículo 124 C.c., que establece, como regla general, el consentimiento del representante legal del hijo o la aprobación judicial. Procede destacar aquí que, en la medida en que el régimen establecido por el artículo 124 C.c. conlleva la sustitución de la voluntad del reconocido por la de otras personas, no se aplicará cuando el hijo tenga la capacidad suficiente para actuar por sí solo, ya necesite o no la asistencia de sus padres o del curador, es decir, cuando esté emancipado o incapacitado sometido a curatela.

Queremos anotar también en esta introducción la coherencia sistemática que debe buscarse entre los dos párrafos que conforman el artículo 124 C.c., que regulan el régimen de eficacia de los reconocimientos de hijos menores o incapaces, lo que nos permitirá solucionar aparentes contradicciones e insuficiencias del régimen especial de eficacia de los reconocimientos efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento o en testamento.

Dentro del estudio del reconocimiento de hijo menor de edad o incapacitado, no puede prescindirse de la especial determinación de la filiación de los hijos procreados por hermanos o consanguíneos en línea recta. El artículo 125 C.c., a este respecto, no es más que una extensión de la protección del interés del hijo menor o incapacitado reconocido, contenida en el artículo 124 C.c., a cualquier título de determinación de la filiación. De ahí su colocación sistemática al lado del reconocimiento de hijo menor de edad o incapaz, que conlleva, por otra parte, un régimen autónomo e independiente del establecido en el artículo 124 C.c. para el caso de que la filiación del hijo de hermanos o consanguíneos en línea recta pretenda determinarse por medio de un reconocimiento.

El último capítulo de la tesis coincide con el último artículo dedicado por el Código

civil al régimen del reconocimiento formal, el 126, que con su redacción engloba la eficacia del reconocimiento del hijo fallecido tanto con descendientes como sin ellos, aunque, por su generalidad, resulta inadecuado para supuestos extremos como el fallecimiento del hijo dentro del plazo para inscribir el nacimiento, plazo en el que el reconocimiento, en caso de que el hijo viviese, resulta premiado con la eficacia automática sin necesidad, *a priori*, de requisitos complementarios.

Para acabar, queremos dejar apuntada nuestra opinión sobre la exigencia de requisitos complementarios que deben unirse al reconocimiento para que éste determine la filiación, exigencia que no es aceptada pacíficamente por nuestra doctrina ni admitida por todos los ordenamientos jurídicos.

El fundamento de la necesaria aceptación del reconocimiento por parte del hijo o de las personas que, a falta del mismo, quedarán directamente vinculadas, para que la filiación quede determinada, está, a nuestro entender, en la bilateralidad de la relación que se trata de establecer por la declaración de voluntad de una de las partes. Aunque pudiera pensarse que la determinación de la filiación por naturaleza, que por definición debe basarse en el hecho objetivo de la verdad biológica, no puede quedar a disposición de los sujetos de la relación de filiación, la realidad es que, admitiendo la validez del reconocimiento como título de determinación extrajudicial de la filiación, acto que no garantiza la coincidencia entre filiación biológica y filiación jurídica, se concede este poder de disposición a uno de los sujetos de la relación paterno o materno-filial. Lo consecuente es, por tanto, permitir que el otro sujeto de la relación se pronuncie sobre si quiere o no quedar vinculado por dicha relación.

CAPÍTULO I: NATURALEZA, CONCEPTO Y CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO FORMAL

I INTRODUCCIÓN

La palabra <<reconocimiento>>, sin más calificativos, referida a la filiación, no tiene un significado unívoco. Puede decirse, en general, que es la declaración de paternidad o maternidad que el presunto padre o madre realiza, pero a esta declaración se le asignan legalmente distintas funciones, e igualmente son distintos los requisitos que se le exigen para cumplir con dichas funciones. Por lo que se refiere a la filiación denominada no matrimonial¹⁸ se puede hablar de las siguientes.

Por una parte, el artículo 120.1º C.c. establece que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente <<por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público>>. Teniendo en cuenta que en el artículo 120 C.c. se recogen de manera taxativa los títulos de determinación legal de la filiación calificada como no matrimonial, estamos, pues, ante un reconocimiento que funciona como título extrajudicial

¹⁸ Aunque a continuación sólo nos ocuparemos de la incidencia del reconocimiento en la determinación de la filiación no matrimonial, hay que señalar que en sede de determinación de la filiación matrimonial también pueden encontrarse supuestos de reconocimiento: así, según el art. 117 C.c., el marido no puede destruir la presunción de paternidad en el caso de que <<hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente>>; y el consentimiento de que habla el art. 118 C.c., con las debidas matizaciones, sobre las que no podemos detenernos, puede reconducirse igualmente a la figura del reconocimiento. Estudiando el reconocimiento en el Derecho navarro, SANCHO REBULLIDA, "De la patria potestad y de la filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXXVI, Vol. 1, Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, ed. Edersa, Madrid, 1990, pág. 330, señala en el mismo sentido que "es usual estudiar sistemáticamente el reconocimiento al tratar la determinación de la filiación no matrimonial; sin embargo, su virtualidad es más amplia. Sirve también, como complemento de la presunción de paternidad del marido de la madre, para determinar la filiación matrimonial cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio o trescientos días después de la separación efectiva de los cónyuges (ley 68, 2 y 3)"

de determinación legal de la filiación no matrimonial, para lo que se exige que se haga con determinadas formalidades, es decir, que sea *formal*.

También habla del reconocimiento el artículo 135 C.c., situado entre los que regulan las acciones de filiación (Capítulo III del Título V, referido a la paternidad y filiación, del Libro I). Según este precepto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento *expreso* o *tácito*, afirmación que hay que completar diciendo que dicha declaración de filiación es la que se efectúa en una sentencia firme, que es otro de los títulos por los que se determinará la filiación no matrimonial a tenor del artículo 120.3º C.c.

Por último, se alude al reconocimiento en el artículo 49 de la Ley del Registro civil, al establecer que podrá inscribirse la filiación natural (hoy hay que entender no matrimonial) mediante expediente gubernativo, <<cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que *expresamente* reconozca la filiación>>. Este expediente gubernativo es al que se refiere el artículo 120.2º C.c. cuando habla de la <<resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil>>, resolución que se configura, junto al reconocimiento formal y a la sentencia firme, como uno de los títulos de determinación legal de la filiación no matrimonial.

De esta diversidad funcional resulta que el reconocimiento, la declaración voluntaria de paternidad o maternidad, puede jugar un distinto papel en lo que a la determinación de la filiación no matrimonial se refiere: puede ser él mismo título de determinación legal, o bien puede ser sólo una circunstancia en la que se basa otro título de determinación legal. A nuestro entender, que el reconocimiento en unos casos sea elemento esencial para la determinación de

la filiación, y en otros, mero elemento accidental o circunstancial, incide en su naturaleza jurídica¹⁹. En consecuencia, no creemos que la disyuntiva sea, a este respecto, si el <<reconocimiento>>, sin más calificativos, es un acto-confesión o un acto-admisión, una declaración de ciencia o una declaración de voluntad, categorías conceptuales entre las que se debate la doctrina, sino si el reconocimiento, dependiendo de la función que esté llamado a cumplir (por ejemplo, servir de título de determinación legal de la filiación), es sólo la constatación de un hecho (la paternidad o maternidad naturales) o, por el contrario, debe ser la asunción o admisión de la paternidad o maternidad jurídicas que pueden quedar determinadas. Ya que el objeto de nuestro estudio es sólo el reconocimiento en el primero de los sentidos vistos, es decir, el reconocimiento *formal*, a su naturaleza quedará circunscrito el siguiente epígrafe.

Una vez que hayamos resuelto el problema de la naturaleza jurídica del reconocimiento formal, del reconocimiento que funciona como título de determinación legal de la filiación, podremos ofrecer un concepto de dicho reconocimiento, concepto que abarcará la declaración de paternidad o maternidad realizada por el presunto progenitor -reconocimiento en sentido amplio-, pero que quedará delimitado en razón de las exigencias derivadas de la función que el reconocimiento formal cumple.

La delimitación de la figura quedará completa después de analizar los caracteres del reconocimiento formal de filiación, que el Código civil no regula expresamente, a diferencia

¹⁹ A juicio de DE LA CÁMARA, "De la paternidad y filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo III, Vol. 1º, Artículos 108 a 141 del Código Civil, ed. Edersa, Madrid, 1984, págs. 363 y 364, concretar la naturaleza de cualquier acto jurídico, sobre todo si se trata de una declaración, "exige tener en cuenta primordialmente dos factores: el contenido y la finalidad de la declaración misma, de un lado, y su función, de otro"; función que, según estemos ante el reconocimiento del art. 120.1º C.c. o ante el contemplado por el art. 135 C.c., es claramente diversa: la función del primero "consiste en dejar determinada extrajudicialmente la filiación, mientras que la del segundo se concreta a proporcionar una prueba que permitirá (no necesariamente) determinar la filiación por vía judicial"

de otros ordenamientos que, como el portugués o el italiano, dedican diversos preceptos a ello²⁰. Aun así, la doctrina no duda en calificar el reconocimiento, con independencia de la naturaleza jurídica que se le asigne²¹, además de formal, lo que para nosotros es rasgo definidor del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación, como unilateral, personalísimo, puro e irrevocable²².

II NATURALEZA

1. Cuestión dogmática.

La naturaleza jurídica del reconocimiento, discutida desde antaño, es uno de los temas sobre los que existe mayor desacuerdo entre los autores, hablándose, en un intento sincretizador, de una "doble naturaleza del reconocimiento"²³: reconocimiento como confesión

²⁰ El Código civil portugués va desgranando los caracteres del reconocimiento en distintos artículos. Así, en el art. 1.849 se establece que es un acto personal y libre, lo que no impide que pueda ser efectuado por un representante con poderes especiales; en el art. 1.852 está implícita la naturaleza pura del acto, al señalarse que no puede ser sometido a término ni a condición, considerándose estos extremos como no puestos; en el art. 1.853 se recogen las formas admitidas para reconocer, lo que permite definirlo como un acto formal, y en el art. 1.858 se considera expresamente irrevocable, incluso el contenido en testamento. El Código civil italiano, por su parte, habla de la forma del reconocimiento en el art. 254, al que se remite el art. 250; en el art. 256 expresamente establece que el reconocimiento es irrevocable, y en el 257 que es nula cualquier cláusula dirigida a limitar los efectos del reconocimiento.

²¹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 391, deduce las características del reconocimiento formal, que es unilateral, personalísimo, irrevocable y no susceptible de ser sometido a condición, de la naturaleza que le atribuye: "que el contenido del reconocimiento formal consista en una declaración de ciencia hecha precisamente con el propósito de dejar constancia de la filiación, explica y justifica sus especiales características". Y PEÑA, "De la paternidad y filiación", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen I, ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 903 a 914, que defiende la tesis contraria en cuanto a la naturaleza del reconocimiento, otorga, no obstante, las mismas características que el autor anterior al reconocimiento: unilateral e irrevocable (ob. cit., pág. 905), personalísimo (ob. cit., pág. 907), y no susceptible de condiciones ni términos (ob. cit., pág. 913).

²² También alude a los caracteres del reconocimiento la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1993 (RJA 1993, 7664), diciendo (Fundamento de Derecho 1º) que "resulta incuestionable el principio legal y jurisprudencial que atribuye al reconocimiento de paternidad los caracteres de acto unilateral, personalísimo, formal y sobre todo irrevocable (arts. 120.1º y 741 del Código Civil)"

²³ CARBONNIER, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1961, pág. 307. Explica el autor que "el reconocimiento puede considerarse, bien como una admisión, bien al modo de una confesión. En el primer caso se trata de un acto jurídico constitutivo en cuya virtud el padre (o la madre) hace que el hijo ingrese dentro de la relación familiar aceptándole como suyo (merced a una especie de adopción). En la segunda hipótesis se está en presencia de la confesión de un hecho preexistente que, de esta manera, queda demostrado sin necesidad de que surja un acto jurídico" Sigue diciendo CARBONNIER que "ambas calidades ofrecen

de un hecho y reconocimiento como admisión voluntaria de la paternidad o maternidad. La cuestión, como señala RIVERO²⁴, es fundamentalmente dogmática, por lo que lo único que pretendemos aquí es señalar algunos datos, derivados de la propia regulación del reconocimiento en el Código civil, que parecen ser reflejo de una determinada concepción del mismo, y que nos hacen vincular su naturaleza a la función llamada a cumplir en cada supuesto en que se toma en consideración dicho reconocimiento.

2. Relevancia de la voluntad del reconocedor.

En nuestra doctrina reciente, puede hablarse de una corriente, integrada por la mayoría de los autores que con mayor profundidad han estudiado la filiación, y en concreto el reconocimiento, que asigna a la voluntad (llámesele propósito, finalidad) del presunto progenitor, dirigida a establecer la filiación, un valor fundamental para que el reconocimiento sirva como título de determinación legal de la filiación²⁵. Así, desde DE LA CÁMARA, quien, a pesar de considerar que el reconocimiento que determina por sí mismo la filiación "no es un negocio jurídico, ni tampoco un acto jurídico en sentido estricto"²⁶, afirma que "el reconocimiento formal exige, en mi sentir, para serlo, que la afirmación de la paternidad o de la maternidad hayan sido hechas de propósito, con el designio precisamente de determinar la

conexiones con las soluciones de Derecho positivo. En cuanto acto jurídico el reconocimiento puede ser impugnado por nulidad... En cuanto confesión, el reconocimiento produce efectos absolutos, retroactivos e irrevocables".

²⁴ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 107.

²⁵ Se desmarca ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 229, que desarrolla ampliamente su tesis de que "el reconocimiento puede contener una explícita declaración de voluntad -querer ocupar la posición jurídica del padre, conferir estado-, pero pienso, asimismo, que su contenido -insisto- esencial y necesario, pero también suficiente, es sólo una afirmación de paternidad biológica"

²⁶ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 365. Explica DE LA CÁMARA que "el negocio jurídico o el acto jurídico en sentido estricto son declaraciones de voluntad que se dirigen a la producción de uno (o varios) efectos jurídicos y el efecto o efectos jurídicos nacen en cuanto son queridos", mientras que el reconocimiento es "ante todo, una declaración de verdad" (ob. cit., pág. 366).

filiación"²⁷; pasando por RIVERO, quien, si bien empieza considerando que "por su *estructura*, el reconocimiento es una declaración de ciencia", concluye, después de enfocar también el reconocimiento desde un punto de vista *funcional*, que "el alcance de la voluntad del reconocedor no va más allá de querer establecer formalmente la relación de filiación. Es también lo único que hoy cabe exigir a la declaración (de voluntad, por tanto) del reconocedor"²⁸; hasta llegar a PEÑA, quien afirma rotundamente que "*básicamente* el reconocimiento no es una *confesión*, sino una *admisión*. No es una declaración de ciencia, o de una opinión, sino una decisión de la voluntad"²⁹.

²⁷ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 360. DE LA CÁMARA, ob. cit., pág. 357, desarrolla en tres proposiciones el contenido que ha de tener, en su opinión, el reconocimiento formal: "el reconocimiento ha de consistir en una afirmación concreta en virtud de la cual el declarante expresa su convicción acerca de su paternidad o maternidad. Y expresa esa convicción con el propósito deliberado de dejar constancia de una o de otra. Lo que comporta, finalmente, que el declarante admite o acepta las consecuencias o efectos inherentes a una filiación, de la que él mismo se proclama autor"

²⁸ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 108. Afirma RIVERO que "desde el punto de vista volitivo, tal declaración (de voluntad, a ese solo efecto) no requiere otra cosa que el propósito específico o la decisión de dejar determinada por ese mecanismo la filiación que antes no lo estaba: en ello se distingue el reconocimiento del art. 120-1 del incidental (sólo apto a los fines del 135). En tanto que en la declaración del reconocimiento hay una manifestación de contenido (de ciencia) y una decisión o acto de voluntad, estructuralmente constituye un acto jurídico, con los requisitos correspondientes (adecuación de lo declarado a lo querido, ausencia de vicios de consentimiento), pero no es (hoy, al menos, en nuestro Ordenamiento) un negocio jurídico"

²⁹ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 904. PEÑA sigue diciendo que "el Derecho considera la *voluntad* de admitir la propia paternidad (o maternidad) como elemento básico de un doble efecto jurídico: Uno, conforme con el resultado práctico subjetivamente pretendido siempre en todo acto de admisión: robustecer la relación jurídica ya existente, la propia paternidad (o maternidad), a fin de facilitar, contra el autor, la exigencia de los deberes que la paternidad (o maternidad) comporta; otro, agregado por la Ley, y que comprende y rebasa el efecto anterior, constituir, *erga omnes*, un título de determinación legal de la filiación"

No terminan aquí las citas de autores que asignan a la voluntad del reconocedor un papel esencial para que el reconocimiento determine la filiación. SANCHEZ REBULLIDA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, fascículo 3º, edición experimental, ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 647-648, define el reconocimiento *stricto sensu* como "el acto jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud se declara o admite el hecho de la paternidad (o maternidad) y se asumen o admiten las consecuencias legales inherentes a la misma"; explicando que "en nuestro Derecho, no se trata de la mera adverbación de un hecho oculto, ignorado o dudoso (lo que la doctrina denomina <<reconocimiento-confesión>>), aunque sin duda ello va implícito como presupuesto del acto, sino de una verdadera expresión de voluntad -que puede ser también tácita y ocasional- de que se produzcan los efectos legales consecuentes a la relación paterno-filial, aunque no sean específicamente conocidos por el otorgante (<<reconocimiento admisión>>). Y GARRIDO DE PALMA, "El reconocimiento de hijos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1982, págs. 19 y 20, y *Derecho de Familia*, ed. Trivium, Madrid, 1993, págs. 164 y 165, aun considerando que los caracteres del reconocimiento son contradictorios, "de confesión unos y de admisión otros", afirma que "el reconocimiento por ser un medio legal determinador del lazo

Esta especial relevancia de la voluntad del reconocedor a la que aluden los autores anteriores, con independencia de que después, en el plano conceptual, unos se decanten por la tesis del reconocimiento-confesión y otros por la del reconocimiento-admisión, o por considerar al reconocimiento como declaración de voluntad o declaración de ciencia, es lo que a nivel práctico define el reconocimiento como título de determinación legal de la filiación. La voluntad, la intención, el propósito, la finalidad, de dejar establecida la filiación que debe mover al autor del reconocimiento formal es el elemento decisivo a la hora de caracterizar el reconocimiento previsto en el artículo 120.1º C.c., el elemento que lo distingue de cualquier otro reconocimiento que no es, él mismo, título de determinación legal de la filiación³⁰. Dependiendo de las distintas opiniones, esa voluntad se constituye como el núcleo de la declaración de voluntad, o como un *plus* añadido a la declaración de ciencia, en definitiva, como contenido imprescindible del reconocimiento formal.

de filiación, nacido de la voluntad del procreador exteriorizada debidamente, es ante todo un acto voluntario, con todas las repercusiones derivadas de la falta de capacidad, o de la existencia de vicios".

³⁰ En la medida en que, reclamada judicialmente una determinada filiación, lo que se busca es la verdad material, la voluntad del autor del reconocimiento que puede servir de prueba de esa verdad, previsto por el art. 135 C.c. es irrelevante: a nivel procesal, lo relevante es lo que de confesión puede tener dicha declaración. En cuanto al reconocimiento del que habla el art. 49 L.R.c., creemos que, si bien no cabe exigir una voluntad dirigida a que el reconocimiento determine la filiación, sí debe quedar patente la voluntad de reconocer, aunque el escrito indubitado no persiga fundamental o únicamente dicho propósito, y ello por dos motivos. En el fondo, la determinación de la filiación por medio de expediente registral está basada, como cuando se determina por medio de reconocimiento, en la voluntad de los interesados en la relación de filiación, pues si no hay oposición de parte interesada la filiación quedará determinada; y esta voluntad, por razones de reciprocidad, debe estar presente también en el reconocedor, no como intención de determinar la filiación por medio del reconocimiento, sino como intención de reconocer (SANCHO REBULLIDA, "La filiación en la Ley foral de 1 de abril de 1987", en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 1989, nº 8, pág. 45, defiende en el mismo sentido que "el último párrafo del precepto [el contenido en el art. 49 L.R.c.] ordena que <<formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario>>, lo cual hace (...) que la determinación vía expediente necesite siempre la aquiescencia del que figure como progenitor"). Por otro lado, y conectado con lo anterior, está el hecho de la diferente consideración que ha de dársele al reconocimiento expreso que sirve de soporte a la resolución del expediente registral frente al reconocimiento expreso que sirve meramente de prueba para que la filiación quede determinada judicialmente: la diferencia no está en el escrito indubitado en el que se expresa, sino en la falta de averiguación de la verdad biológica, con las debidas garantías, en el procedimiento registral, lo que desplaza el peso de la balanza hacia la voluntad de los interesados. Se ha pronunciado sobre el tema PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 895, afirmando que "hoy no parece haber duda de que, para el expediente que ahora consideramos, basta: a) el documento de autoría indubitada, aunque no esté escrito todo él de mano del padre, b) del que se desprenda inequívocamente la admisión de la paternidad, aunque el escrito no tenga la finalidad directa de reconocer"

En nuestra opinión, el reconocimiento previsto en el artículo 120.1º C.c., como título al que se anuda directamente la determinación de la filiación, creemos que debe ser la declaración de voluntad del presunto progenitor tendente a que la filiación del reconocido quede determinada legalmente. No basta una mera declaración voluntaria de paternidad o maternidad, sino una voluntad declarada de que la relación de filiación que une a dos personas, padre o madre e hijo, quede determinada jurídicamente. La Ley, expresada esa voluntad, presume que dicha declaración es, a su vez, una declaración de ciencia, es decir, que el reconocedor declara el hecho biológico de la paternidad o la maternidad. Necesariamente debe ser así porque la verdad biológica, la correspondencia entre filiación legal y filiación biológica, es el fundamento de la filiación natural, frente a la adoptiva, pero este extremo no puede comprobarse extrajudicialmente, no cabe deducirlo sin más del reconocimiento. Por ello, si este fundamento no se da, lo que se impugnará no será el reconocimiento, la declaración de voluntad, que posibilitó el establecimiento extrajudicial de la filiación jurídica, sino la propia filiación determinada, que es la que puede coincidir o no con la filiación real.

Una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste el reconocimiento formal, los efectos de esa declaración serán los establecidos por la Ley, sin que tenga la voluntad de los particulares ningún poder conformador de los mismos. Esta irrelevancia de la voluntad del reconocedor más allá de querer que quede determinada la filiación que, presuntamente, ya une a reconocedor y reconocido, es lo que nos hace considerar el reconocimiento, no como negocio jurídico en sentido estricto, definido por DE CASTRO como "ordenación y base de la relación jurídica, que así conforma su contenido y es medida del mismo"³¹, sino como simple acto

³¹ *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1991 (edición facsimilar), pág. 25.

jurídico³².

3. Fundamentos legales del reconocimiento formal como declaración de voluntad.

En el artículo 141 C.c. se regula expresamente la impugnación del reconocimiento que ha determinado la filiación por vicios que, en general, se predicán de las declaraciones de voluntad, los llamados vicios de la voluntad o del consentimiento. En materia de reconocimiento no se admite la alegación del dolo, pero sí del error, la violencia o la intimidación. Ya se trate o no de una declaración de voluntad el reconocimiento de filiación, lo que es evidente es que la voluntad de su autor incide en la determinación de la filiación hasta tal punto que puede impugnarse dicha determinación si la voluntad está viciada.

Por otra parte, esta relevancia de la voluntad del reconocedor está también presente en la regulación de la capacidad para reconocer (art. 121 C.c.): si el presunto progenitor está incapacitado o no puede contraer matrimonio por razón de edad (si es menor no emancipado como después veremos), su falta de capacidad se complementa con la aprobación judicial, que tiende a comprobar, a controlar, si, a pesar de esta falta de capacidad plena, tiene el reconocedor la suficiente para reconocer. Ya que esta intervención judicial se exige en función exclusivamente de la insuficiencia de capacidad del reconocedor, no para verificar si el reconocimiento es verdadero o no, lo que en definitiva se está exigiendo es una valoración de la correcta formación de la voluntad del incapacitado o del menor, como emisor de una declaración de voluntad para la que necesita una determinada capacidad³³.

³² La doctrina es prácticamente unánime a la hora de excluir el reconocimiento de la figura general del negocio jurídico. Así, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 905; RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 108; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 648; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 260, y DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 365.

³³ Apunta PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 905, que la necesidad de completar la capacidad "sería extraño si fuera una simple declaración de ciencia".

Aunque no es determinante, el hecho de que se exija una determinada solemnidad para que el reconocimiento determine la filiación también puede reflejar el espíritu que anima la regulación del reconocimiento. Una de las finalidades de la forma pública es ofrecer al otorgante del acto la realización pausada y plenamente consciente del mismo, la posibilidad de que tome perfecta cuenta de las consecuencias de su acto. Si el acto en cuestión es un reconocimiento cuyo destino legal es la determinación de la filiación, cabría pensar que la forma pública se exige, entre otros motivos, para que el reconocedor sopesa los efectos de su actuación, es decir, la determinación de la filiación, y para que si efectivamente la realiza pueda presumirse la presencia de una voluntad tendente a esa determinación.

Por último, enfocado el asunto de la naturaleza del reconocimiento desde la perspectiva general de todo el régimen de la filiación, también llegamos a conclusiones interesantes. Tras la reforma del Código civil de 1981, la filiación de cualquier persona puede quedar determinada legalmente, arbitrándose para ello, por una parte, unos medios extrajudiciales y, por otra, la vía judicial. La libre investigación de la paternidad (y maternidad) que en todo caso tiene reconocida el hijo (cfr. arts. 131, 132 y 133 C.c.) garantiza que, a falta de declaración voluntaria de dicha paternidad o maternidad por el progenitor, siempre pueda intentarse judicialmente la determinación de la filiación por la vía judicial, en la que cabe alegar cualquier tipo de prueba (cfr. art. 127 C.c.). Consecuentemente, queda garantizado el derecho que asiste a toda persona de que conste oficialmente su filiación, lo que nos lleva a mantener que debe establecerse una clara separación entre las vías extrajudicial y judicial de determinación de la filiación, derivada de la propia regulación legal.

Esta separación vendría representada por la determinación voluntaria de la filiación, si se intenta extrajudicialmente dicha determinación, en contraposición a la imposición forzosa

de la determinación de la filiación, si se acude a la vía judicial. Esta determinación voluntaria a la que nos referimos significa que son las personas que van a quedar vinculadas por la relación de filiación las que deciden si, efectivamente, esa relación queda establecida legalmente, aunque su intervención se para aquí: cuáles sean los efectos de esa determinación escapen a su poder, y se derivan directamente de la Ley. Analizados en profundidad, y con la Ley en la mano, los medios de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial se basan en la voluntad de los interesados, mientras que la determinación judicial, por medio de sentencia firme, prescindiendo de esa voluntad, acoge el criterio objetivo de la verdad biológica.

Si acudimos a estos medios de determinación extrajudicial, recogidos en el artículo 120 C.c., nos encontramos con que el reconocimiento, que en todo caso debe ser libre y consciente, es decir, emitirse voluntariamente por el progenitor, sólo determina la filiación si concurre el consentimiento de la otra parte de la relación paterno o materno-filial³⁴; consentimiento que puede emitirse por el propio hijo (art. 123 C.c.), por su representante legal o por el Juez si aquél no tiene la capacidad suficiente (art. 124 C.c.), o por sus descendientes, como personas directamente afectadas por la determinación de la filiación una vez fallecido el hijo (art. 126 C.c.). Recíprocamente, la voluntad del progenitor que reconoce también deberá expresarse para que quede determinada la filiación por vía extrajudicial, como se deduce igualmente del resto de los medios de determinación extrajudicial.

La resolución recaída en el expediente registral del artículo 49 L.R.c., al que entendemos se remite el artículo 120.2º C.c., sólo determinará la filiación si ningún interesado

³⁴ La única excepción, según ha sido interpretado el párrafo 2º del art. 124 C.c. por el art. 188 R.R.c., es la del reconocimiento testamentario de hijo menor o incapacitado, si es eficaz a la muerte del testador, aunque no es muy seguro que pueda admitirse. No lo es, como veremos, el reconocimiento de hijo menor de edad dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento, pues la posibilidad que se otorga a la madre de oponerse a la inscripción conlleva un consentimiento implícito en el no ejercicio de dicha facultad.

se ha opuesto a la determinación de la filiación, lo que viene a significar, si queremos ser enteramente consecuentes, que tampoco el autor del escrito indubitado en que se reconoce expresamente la filiación se "opone" a ello. Esta falta de oposición, y ya que como regla general y por ello se previó, el recurso a este expediente se producirá cuando ya ha fallecido el progenitor, se traducirá en la voluntad de reconocer, de declarar la paternidad o la maternidad, en el escrito indubitado³⁵.

Para terminar, la determinación de la filiación materna según el artículo 120.4º C.c., dentro del plazo para inscribir el nacimiento, conlleva, al menos legalmente (cfr. art. 47, párrafo 3º, L.R.c.) aunque es muy discutido, el consentimiento de la madre, implícito en la falta del desconocimiento previsto, es decir, la voluntad favorable de la madre a que quede determinada su filiación. En este supuesto se prescinde del consentimiento del hijo, expresado ya sea por su representante legal o por el Juez, lo que puede venir motivado por la certeza del parto, por la incidencia de la verdad biológica en este concreto medio de determinación extrajudicial de la filiación.

Llegamos, pues, a la conclusión de que la determinación de la filiación se basa en dos pilares fundamentales: la voluntad de los interesados y la verdad biológica. Si la verdad puede conseguirse, el primero de los principios enunciados retrocede, hasta desaparecer, lo que ocurrirá en la determinación judicial de la filiación; si, por el contrario, esta verdad biológica no es accesible, sólo puede ofrecer garantías el interés común de los interesados en la relación paterno o materno-filial que se trata de determinar.

III CONCEPTO

Una vez desarrollada la naturaleza jurídica que, en nuestra opinión, tiene el reconocimiento que puede determinar por sí mismo la filiación, estamos en condiciones de

³⁵ Sobre la necesidad de esta voluntad de reconocer, *vid supra* nota 30.

ofrecer un concepto del reconocimiento que cumple esta función. Será la declaración por la que el presunto progenitor expresa su voluntad de que conste legalmente la relación de filiación que le une a determinada persona.

IV CARACTERES

1. Unilateral.

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral, pues basta la voluntad de su autor para que sea válido, para que quede constituido. La necesidad de distintos requisitos complementarios, que dependen de la voluntad de otras personas, no afecta a esta naturaleza unilateral, pues o bien se exigen para que ese acto unilateral adquiera eficacia como título de determinación legal de la filiación (arts. 123, 124 y 126 C.c.), o bien tienen como finalidad la comprobación de la capacidad del autor del reconocimiento (art. 121 C.c.).

El reconocimiento, como acto a través del cual puede determinarse la filiación como consecuencia de la admisión de la paternidad o de la maternidad, se perfecciona como tal cuando se expresa en la debida forma su contenido, que es esa admisión de la paternidad o maternidad. Otra cosa es que ese reconocimiento no cumpla con la función a la que tiende, que la filiación quede determinada, hasta que no concurra el consentimiento o la aprobación exigidos. Estos requisitos se unen o se suman al reconocimiento para que quede determinada legalmente la filiación, pero no forman parte de él. Y respecto de la aprobación judicial exigida por el artículo 121 C.c. como requisito de validez cuando el reconocedor es incapaz o menor de edad, no sustituye ni se une al reconocimiento en un plano de igualdad, sino que se limita a verificar que el reconocedor es suficientemente capaz para realizar el acto.

El carácter unilateral del reconocimiento subsiste aunque el padre y la madre reconozcan conjuntamente a su hijo, como *a sensu contrario* permite el artículo 122 C.c. En estos casos, aunque el documento público en que se emitan ambas declaraciones sea único,

estaremos en presencia de dos reconocimientos, de dos actos unilaterales.

2. Personalísimo.

El reconocimiento, ya se trate de una confesión o de una admisión, es un acto personalísimo debido a la relación que se trata de establecer en su virtud. Sólo lo puede realizar el presunto padre, si la relación que se va a determinar es de paternidad, o la presunta madre, si es de maternidad.

La plasmación de este carácter personalísimo la tenemos en el artículo 122 C.c., que impide la mención de la identidad del otro progenitor en el reconocimiento: si se parte de la voluntad del progenitor, expresada en el reconocimiento, para la determinación de la filiación, sólo la emitida por él será tomada en cuenta por la Ley para que su paternidad o maternidad quede efectivamente establecida. El presunto padre sólo puede admitir su propia paternidad, y la presunta madre, sólo su maternidad.

La representación, en consecuencia, no cabe en esta materia, como lo demuestra el hecho de que cuando el autor del reconocimiento es menor o incapacitado no se admite que su representante legal otorgue el reconocimiento, sino que se acude a la aprobación judicial como complemento de la capacidad de obrar (cfr. art. 121 C.c.). En todo caso, la voluntad del reconocedor debe estar perfectamente formada en el poder "especialísimo"³⁶ que, hipotéticamente, pueda conceder a otro para que le represente en el acto, y ese poder, que por razón del acto para el que se otorga (formal) deberá constar en documento público, funcionará ya como reconocimiento de la filiación³⁷.

³⁶ La expresión es de RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 110.

³⁷ Razón PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 907, nota 4, que "realmente no cabe poder para reconocer. Lo que ocurre es que el pretendido poder para reconocer puede envolver ya una manifestación formal suficiente de paternidad a efecto de que valga como reconocimiento. Pero si no ocurre así y el reconocimiento queda a discreción del apoderado (por ej., en el poder para que reconozca cuando a éste le parezca verosímil la filiación), entonces no valdrá el acto ni como reconocimiento ni como poder" SANCHEZ REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 332,

3. Puro.

Se habla de la naturaleza pura del reconocimiento para resumir la imposibilidad de someter el acto, como título de determinación legal de la filiación, a término, condición³⁸ o modo, circunstancias que, de admitirse, contrariarían la eficacia *ex lege* del reconocimiento cuando se cumplen los requisitos que, la propia Ley, exige. El autor del reconocimiento no puede limitar esta eficacia automática del reconocimiento, que se extiende indefinidamente en el tiempo mientras una sentencia, tras la impugnación del reconocimiento o de la filiación, no declare lo contrario³⁹.

PEÑA fundamenta la naturaleza pura del reconocimiento en "su condición de acto relativo al estado civil, materia que por su naturaleza y por su alcance <<erga omnes>>, exige, en principio, la rigidez legal" y en "su condición de título de determinación legal de la filiación, a todos los efectos, lo cual le hace incompatible con la limitación de su alcance o con las cláusulas que le hagan depender de acontecimientos eventuales (y menos de la voluntad y juicio de terceros, sean o no peritos)". Concluye el autor diciendo "que se trata,

estudiando el reconocimiento en Derecho navarro, comenta que a pesar de ser un acto personalísimo "nada se opone a que se realice a través de mandatario con poder especial y expreso, otorgado en escritura pública; pero no se ve, entonces, sus diferencias y ventajas respecto del reconocimiento personalmente otorgado; se ha apuntado, con razón, por la doctrina que el propio poder será ya reconocimiento" Para el Derecho italiano, FERRANDO, "Filiazione naturale", en *Trattato di Diritto Privato*, 4, dirigido por Rescigno, ed. Utet, Torino, 1982, pág. 159, señala que, aunque el reconocimiento puede efectuarlo personalmente el progenitor o la persona con poder especial concedido en documento público, "non si tratti di una vera e propria procura <<dal momento che il riconoscimento è un atto di accertamento non dispositivo e come tale insuscettibile di formare oggetto di dichiarazione ad opera di un soggetto diverso dal titolare dal potere di accertamento>>. Da ciò consegue che <<chi effettua il riconoscimento in nome del genitore naturale, trasmette all'ufficiale di stato civile un riconoscimento già attuale>> (e come tale irrevocabile)" (la autora cita textualmente a MAJELLO).

³⁸ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 109, citando a DE LA CÁMARA.

³⁹ Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta) de 20 de septiembre de 1994 (Ar. Civ. 1994, III, 1507), Fundamento de Derecho 2º, que "el reconocimiento, bien se trate de una declaración de conocimiento o de una declaración de voluntad -inclinándose la doctrina mayoritaria por esta segunda postura- es, en todo caso, distinto a los negocios jurídicos en cuanto que están sustraídos sus efectos a la libre disposición de las partes y, por ello, no cabe someterlo a condición, término o modo".

pues, de un acto jurídico con efectos legalmente predeterminados en el que la voluntad no tiene, en modo alguno, función creadora ni reguladora de la relación jurídica a que el acto se refiere. Admitida solemnemente la filiación, no queda margen a la autonomía de la voluntad para limitar, aplazar o condicionar los efectos de tal proclamación solemne⁴⁰.

Ahora bien, si el autor del reconocimiento somete la eficacia del mismo a término o condición, ¿el acto será inválido o las cláusulas prohibidas se tendrán por no puestas?

Algunos autores mantienen que dependerá de la condición establecida. Si hace dudar del convencimiento del reconocedor sobre la certeza de la filiación, invalidará su acto, si no, se tendrá por no puesta⁴¹. En nuestra opinión, ya que lo relevante no es el convencimiento sobre la paternidad o maternidad sino la declaración de voluntad del autor del reconocimiento, y ya que el ámbito de poder de esta voluntad no llega más allá de querer dejar establecida la filiación, cualquier condición, término o modo se tendrán por no puestos.

4. Irrevocable.

El carácter irrevocable del reconocimiento se deduce del artículo 741 C.c., según el cual <<El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo...>>. La expresión <<no pierde su fuerza legal>> puede asimilarse a "no puede revocarse", pues, por contraposición a la revocación del testamento, que supone la irrelevancia, la falta de eficacia, del mismo, que el reconocimiento no pierda su fuerza legal significará que seguirá teniendo, a pesar de la revocación del acto que lo contiene, el mismo valor jurídico que en ese momento tenga. Ya se contenga el reconocimiento en un testamento que sea documento público desde que se otorga, o en un testamento que deba protocolizarse y

⁴⁰ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 913.

⁴¹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 403-404, siguiendo a ALBALADEJO.

adverizarse una vez fallecido el testador, aunque se revoque aquél seguirá existiendo un reconocimiento formalizado en testamento, pues ésa es la fuerza legal que tiene en el momento de la revocación. Ese reconocimiento en testamento, ya revocado por lo que se refiere al resto de las disposiciones que contenía, podrá ser eficaz en vida del testador si aquél era documento público desde su otorgamiento, si no lo era podrá alcanzar eficacia el reconocimiento si se protocoliza el documento del que es única disposición.

Si el reconocimiento contenido en testamento, acto esencialmente revocable, es, pues, irrevocable, con mayor razón lo será cualquier otro reconocimiento, con independencia de la forma empleada para otorgarlo. Con independencia de la voluntad de su autor, desplegará los efectos que correspondan según lo establecido en la Ley. Sólo mediante la impugnación judicial del reconocimiento o de la filiación determinada se podrá atacar esta eficacia.

V PROHIBICIÓN DE IDENTIFICAR AL OTRO PROGENITOR

1. Fundamento y sentido de la prohibición.

Dentro de la regulación que del reconocimiento establece el Código civil, se incluye un precepto, el contenido en el artículo 122, según el cual el progenitor que hace un reconocimiento separadamente del otro progenitor, no podrá manifestar en él la identidad de éste otro, a no ser que ya esté determinada legalmente⁴².

Es ésta una disposición que ya se contenía, con algunas variaciones, en la anterior redacción del Código civil en materia de filiación⁴³, y que había sido calificada por algún autor

⁴² Con igual sentido, pero distinta redacción, establece la ley 69, párrafo segundo, de la Compilación navarra que <<Los progenitores pueden otorgar el reconocimiento conjunta o separadamente. Si lo hicieran por separado, no podrán manifestar en él la identidad del otro progenitor a no ser que ya estuviese determinada>>.

⁴³ Decía el derogado art. 132 C.c. que <<Cuando el padre o la madre hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, no expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.- Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte a este precepto. Si a pesar de esta prohibición lo hicieren, incurrirán en una multa de 125 a 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelación>>.

como de "pintoresca"⁴⁴. Si bien se hacía mención de la misma regla general en cuanto a la imposibilidad de manifestar en el reconocimiento la identidad del otro progenitor, no se hacía, al menos expresamente, ninguna excepción, ni siquiera la evidente ahora recogida⁴⁵.

Señala la doctrina que el fundamento de la prohibición de identificar al otro progenitor en el reconocimiento está en el derecho a la intimidad de dicho progenitor⁴⁶, si bien no faltan voces que señalan la falta de justificación de referir esa prohibición, si de lo que se trata es de proteger esa intimidad, concretamente al acto de reconocer⁴⁷.

Debería entenderse, más bien, que el autor del reconocimiento no puede manifestar, en este acto, la identidad del otro progenitor, como consecuencia de la naturaleza personalísima e individual del reconocimiento. Éste sólo sirve para determinar la relación de filiación que

⁴⁴ PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Tomo I, ed. Aguilar, Madrid, 1961, pág. 437. Explica el autor, nota 38, que "la absoluta despreocupación del legislador decimonónico por la concordancia entre la filiación física y la jurídica, ha conducido a esa unilateralidad del reconocimiento llevada a ultranza, a una concepción partenogenética de la filiación natural" SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 649, dice que el actual art. 122 es un vestigio del "celoso" art. 132 derogado.

⁴⁵ A pesar de la omisión legal, PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 437, mantenía que "aun guardando un piadoso silencio sobre muchas de las singularidades de semejante precepto, debe ponerse de manifiesto que en el reconocimiento que recae sobre persona ya reconocida anteriormente por el otro progenitor no se puede dar cumplimiento al mismo, sin hacer imposible el reconocimiento, pues claro es que, al tener que mencionarse la identidad del hijo debe por fuerza revelarse indirectamente la persona con la que tuvo al mismo" También SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., págs. 649-650, anota que la salvedad ahora establecida estaba implícita en el sistema anterior.

⁴⁶ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 429, y RIVERO, "Comentario de los artículos 108 a 141 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 469. Este último resume que suele basarse en el derecho a la intimidad y, en algunos casos, en el derecho al honor "por consideraciones sociales que no terminan de ser superadas", por ello entiende que también estará prohibida "toda revelación de datos o circunstancias que permitan que sea conocido indirectamente de otro modo (como decía el antiguo art. 132)".

⁴⁷ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 919, señala que la prohibición "restringida a la ocasión del reconocimiento, carece de una clara justificación. Se invoca en su favor el debido respeto al honor e intimidad de las personas. Pero estos bienes no quedan más lesionados cuando la revelación de la paternidad o maternidad se hace en el reconocimiento ante un funcionario (que por cierto, está obligado al secreto profesional) que cuando se hace fuera del acto del reconocimiento (lo cual no está prohibido por este artículo)"

une a su autor con la persona reconocida, ésta es su única función, por lo que no cabe que contenga ninguna indicación sobre la otra relación de filiación que une al hijo reconocido con el otro progenitor. Ya que no tendrá el reconocimiento ningún efecto, por lo que a la determinación de su filiación se refiere, respecto del otro progenitor, su identificación en dicho acto no tiene ningún sentido, recalcando la prohibición de hacerlo la eficacia unilateral del reconocimiento⁴⁸. Y, por otra parte, pero relacionado con lo anterior, se puede pensar que con esta disposición se trata de reafirmar que cada uno de los progenitores es libre, salvo que su filiación se determine judicialmente, para admitir su paternidad o maternidad cuando así lo crea conveniente, determinándose éstas por los medios tasados por el ordenamiento, sin que por ello pueda tener relevancia la mención que de ellas pueda hacer persona distinta del propio progenitor.

⁴⁸ Es lo que se mantiene, ante preceptos que cumplen la misma función que el art. 122, en los Derechos italiano y francés. El Código civil italiano contiene una disposición muy similar a la contenida en el art. 122 C.c., dentro del art. 258 referido a los efectos del reconocimiento. Se compone este artículo de tres apartados, que según la doctrina italiana afectan a la eficacia del reconocimiento respecto del otro progenitor: <<Il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto, salvo i casi previsti dalla legge.- L'atto di riconoscimento di uno solo dei genitori non può contenere indicazioni relative all'altro genitore. Queste indicazioni, qualora siano state fatte, sono senza effetto.- Il pubblico ufficiale che le riceve e l'ufficiale dello stato civile sono puniti con l'ammenda di lire quarantamila a lire centosessantamila. Le indicazioni stesse devono essere cancellate>>. Dice FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 118, que "l'art. 258 prenda in considerazione gli effetti del riconoscimento non nei confronti di qualsiasi terzo, ma nei confronti dell'altro genitore. Nel limitare gli effetti del riconoscimento al genitore da cui fu fatto (salvo i casi previsti dalla legge), la norma sta perciò a ribadire il principio della autonomia del riconoscimento effettuato da ciascun genitore nei confronti dell'altro.- Così l'atto di riconoscimento non può contenere indicazioni relative all'altro genitore (art. 258, 2° e 3° comma) e neppure può produrre effetti nei suoi confronti (art. 258, 1° comma)" (la cursiva es nuestra).

El Código civil francés contiene una disposición que se puede traer a colación aquí, aunque no pueda equipararse, como la anterior, al art. 122 C.c. Se trata del art. 336, que establece que <<La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père>>. Mantienen HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, bajo la dirección de Ghestin, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, págs. 508-509, que "dans l'esprit de ses rédacteurs, cette disposition tendait à rappeler le caractère individuel de la reconnaissance d'enfant naturel; elle signifiait que le père peut reconnaître son enfant sans mentionner le nom de la mère et sans que celle-ci ait à confirmer sa paternité, et aussi que *le père naturel ne peut affirmer que sa propre paternité: même s'il indique l'identité de la mère, la maternité n'est pas pour autant établie*>> (la cursiva es nuestra). Por su parte, CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, Tomo I, ed. Sirey, 1993, pág. 279, indican que "la reconnaissance a un *effet individuel* en ce sens qu'elle ne s'applique qu'à l'enfant qu'elle désigne et qu'elle n'engage que l'auteur de la reconnaissance. Ainsi, la reconnaissance émanée du père prouve la paternité seulement; émanée de la mère, elle prouve seulement la maternité. Et l'article 336 du Code civil de préciser: <<La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père>>".

Puede que así se proteja la intimidad del otro progenitor, pero no parece que sea necesaria una disposición expresa en sede de reconocimiento con esta única finalidad, pues la revelación de un dato tan íntimo como la maternidad o la paternidad, sin consentimiento del afectado, ya sea en un reconocimiento de filiación o en otras circunstancias, puede ser sancionada de acuerdo con las reglas generales sobre protección del derecho a la intimidad⁴⁹. A pesar de ello, el legislador ha debido tener en cuenta esta finalidad, y las excepciones que contempla el artículo 122 C.c. a la prohibición, los reconocimientos conjuntos y la determinación legal de la filiación del otro progenitor, apoyan este sentido de la norma, pues en estos casos no opera dicha prohibición porque el otro progenitor, simultáneamente con el reconocedor, asume formalmente su paternidad o maternidad o porque ya consta legalmente. Parece que se respeta, pues, el derecho al anonimato del otro progenitor. Pero no tiene mucho sentido la regla en un sistema en el que impera el principio de la libre investigación de la paternidad⁵⁰.

2. Excepciones contempladas en la norma.

La prohibición de identificar al otro progenitor en el reconocimiento se excepciona en

⁴⁹ BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación en la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 1988, nº 6, Vol. II, pág. 111, comentando el párrafo segundo de la ley 69 navarra, señala que "como ya se ha dicho en relación con el Código, cabe dudar sobre la oportunidad de semejante prohibición, habida cuenta de su falta de aplicación con respecto a la madre en los supuestos más frecuentes (artículos 181 y 182 del Reglamento de la Ley del Registro Civil), así como de su eficacia relativa con respecto a determinadas formas testamentarias. Quizá habría sido preferible suprimir esa restricción, permitiendo que, en su caso, fuese de aplicación la legislación protectora del honor, la intimidad y la propia imagen". SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 334, hace notar, sin embargo, que "en materias tan delicadas parece preferible evitar el escándalo y posible imputación calumniosa a tener que recurrir a su reparación indemnizatoria"

⁵⁰ MANRESA, *Código civil español*, Tomo I, Revista de Legislación, Madrid, 1914, pág. 575, decía que el Código no puede "obligar a que se declare el nombre y condiciones del otro padre; porque, salvo que esto conduciría a una investigación de la paternidad, a que en principio es opuesto el Código, motivaría cuestiones escandalosas". La afirmación tiene todo su sentido en un sistema de filiación como el derogado, pero en el que ahora está vigente, aunque siguiese sin tener efectos en su esfera la identificación del otro progenitor en el reconocimiento, debería haberse llegado a una derogación de la prohibición, pues se admite la libre investigación de la paternidad.

dos supuestos: cuando el padre y la madre reconocen simultáneamente y cuando la filiación del otro progenitor ya está determinada.

1. Reconocimientos simultáneos.

De este precepto se deduce la distinción entre los reconocimientos conjuntos o bilaterales y los reconocimientos separados. Los primeros son aquéllos en los que el padre y la madre reconocen a la vez, en unidad de tiempo e, incluso, en unidad documental. A pesar de que en estos casos se habla de un reconocimiento conjunto o bilateral (porque reconocen los dos progenitores), en realidad se trata de dos reconocimientos, unilaterales, que se realizan simultáneamente. Este tipo de reconocimientos están excluidos, *sensu contrario*, del ámbito de aplicación del artículo 122 C.c., que expresamente se refiere a los reconocimientos que se hacen separadamente.

Si se reconoce conjuntamente, se permite revelar en el reconocimiento de cada uno de los progenitores la identidad del otro, y las razones para ello pueden ser tanto que, como se admite simultánea y formalmente la paternidad o maternidad en otro reconocimiento, desaparece el motivo, la protección de la intimidad del otro progenitor, que impedía su identificación, como que la asunción formal por el otro progenitor de su paternidad o maternidad ya conlleva el efecto que se pretende evitar, en nuestra opinión, con el precepto, a saber, que tenga alguna incidencia la voluntad de otro en la determinación por vía de reconocimiento de la propia filiación.

En cualquier caso, nos parece una disposición innecesaria porque, ya se hagan los reconocimientos conjunta o separadamente, los efectos de cada uno de ellos son independientes, y en ninguno tiene por qué hacerse referencia al otro progenitor, como no sea como dato imprescindible para identificar al hijo reconocido.

2. Filiación ya determinada del otro progenitor.

Tampoco se le prohíbe al reconocedor identificar al otro progenitor cuando su filiación ya está determinada, lo que es lógico pues, si está determinada la filiación, cualquiera puede referirse a esa persona como padre o madre del reconocido.

Quizá pueda interpretarse también que es una excepción admitida porque en nada afecta la mención del otro progenitor a la unilateralidad y eficacia (determinación de la filiación) del reconocimiento únicamente frente a su autor, pues la filiación ya está determinada respecto del otro.

3. Supuestos conflictivos a los que no se aplica el artículo 122 C.c.

Resulta dudoso el seguimiento de lo establecido en el artículo 122 C.c. en dos supuestos conflictivos: en el reconocimiento del concebido y no nacido, cuando sólo reconoce el padre, y en el reconocimiento paterno simultáneo a la declaración de la filiación materna por el padre a los efectos de determinar ésta en virtud del artículo 120.4º C.c.

1. Reconocimiento del concebido y no nacido.

1.1. Admisión de este reconocimiento.

Aunque el Código civil no contiene ninguna disposición, ni a favor ni en contra, acerca del reconocimiento del hijo concebido y no nacido, la doctrina entiende unánimemente que este reconocimiento es posible.

Se apoyan para ello en el artículo que es tópico siempre que se trata de un *nasciturus*, el 29 del Código civil, según el cual al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Considerando que la determinación de la filiación, sobre todo si se produce tan tempranamente, es beneficiosa para el reconocido, cabrá el reconocimiento del concebido al poder considerársele como sujeto pasivo del mismo.

También se trae a colación el artículo 644.1º C.c., que permite la revocación de las donaciones cuando el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.

Estos hijos, ya que el precepto no distingue, pueden ser también no matrimoniales, y, si son póstumos, quiere decir que si su filiación se ha determinado por medio de reconocimiento, éste se ha debido otorgar cuando el hijo todavía no había nacido⁵¹.

Sobre si es necesario algún tipo de consentimiento o aprobación para la eficacia del reconocimiento del *nasciturus*, surgen discrepancias. PEÑA entiende que se trata de uno de los reconocimientos exceptuados por el párrafo segundo del artículo 124 C.c., "porque un progenitor que se preocupa de asumir sus deberes sin esperar al alumbramiento no debe ser tratado peor que el que los asume sólo cuando la criatura ha nacido"⁵². En cambio, SANCHO REBULLIDA parece considerar preceptiva la aprobación judicial por analogía con el artículo 124, párrafo primero, C.c.⁵³.

Pensamos, por nuestra parte, que es posible el reconocimiento del concebido y no nacido, pues, igual que se considera beneficioso para el hijo el reconocimiento efectuado a los pocos días del nacimiento, y por eso se le dispensa de requisitos complementarios para su eficacia, también debe entenderse como efecto favorable para el concebido su reconocimiento, por el que su autor asume más tempranamente sus obligaciones. Por la misma razón, este reconocimiento puede llegar a ser eficaz, si se cumple lo dispuesto por el artículo 30 C.c., sin

⁵¹ Dice DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 428, siguiendo a ALBALADEJO, que "si la donación es revocable cuando el donante tiene, con posterioridad a la donación, hijos, aunque sean póstumos, queda abierta la posibilidad de que el hijo póstumo sea un hijo no matrimonial y que la determinación de su filiación haya tenido lugar por medio de un reconocimiento". El autor considera, no obstante, que no es necesario buscar un texto legal en el que apoyar la validez de los reconocimientos de *nasciturus*, pues "una vez que ha empezado la vida intrauterina del hijo, la existencia de ese ser en formación es ya imputable a un hombre y a una mujer concretos y consecuentemente su futura filiación (y digo futura, porque nadie es hijo mientras no es persona) debe poder determinarse anticipadamente, aunque la determinación no sea eficaz mientras el supuesto de hecho no se complete, es decir, mientras el reconocido no llegue a nacer cumpliendo las discutibles exigencias del artículo 30"

⁵² *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 928.

⁵³ Dice SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 652, después de indicar que en estos casos se hace imprescindible revelar la identidad de la madre gestante, que "acaso, para la validez de este reconocimiento, se requiere la audiencia de ésta, en la preceptiva autorización judicial, en base al argumento análogo del art. 124 Cc."

necesidad del consentimiento del representante legal del ya nacido ni de la aprobación judicial. Se asimila, pues, la eficacia de este reconocimiento a la de los reconocimientos otorgados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento⁵⁴.

1.2. Reconocimiento único paterno del concebido y no nacido.

Ahora bien, mientras que no plantean ningún problema este tipo de reconocimientos cuando es la madre la que reconoce o cuando reconocen simultáneamente el padre y la madre, el reconocimiento único del padre tropieza con el obstáculo del artículo 122 C.c., ya que necesariamente, para poder identificar al hijo, debe identificar a la madre que lo lleva en su seno⁵⁵.

Hay autores que entienden que este tipo de reconocimientos paternos "unilaterales" del concebido y no nacido no pueden efectuarse, al estar impedidos por el artículo 122 C.c.⁵⁶.

⁵⁴ Como señala POZO, *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, ed. Trivium, Madrid, 1993, pág. 136, "si el legislador exime de requisitos complementarios al reconocimiento realizado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento, porque dicho acto se efectúa pocos días después del alumbramiento, y se puede considerar coincidente con la verdad biológica y el interés del hijo, no existe razón alguna para no seguir igual criterio si el reconocimiento se ha producido incluso antes del nacimiento", y "cualquier otra solución supondría una seria discriminación hacia el reconocimiento del *nasciturus*, carente de justificación, que sólo llevaría a una dilación en el progenitor, el cual, para evitar el despliegue del art. 124.I CC, esperaría a que naciese el hijo para reconocerle"

⁵⁵ Un ejemplo práctico del caso se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Duodécima) de 6 de septiembre de 1994 (Ar. Civ. 1994, III, 1404). Aunque la Sentencia va después por otros derroteros, en el Fundamento de Derecho 2º se nos dice que "el actor, con la intervención de su madre por ser menor de edad (16 años), en diciembre de 1986 plasmó notarialmente su intención de asumir la paternidad del <<nasciturus>> concebido por Nuria R. y del que creía y cree ser padre. El 13 de febrero de 1987 [el niño había nacido el 14 de enero de 1987] otorgó escritura pública de reconocimiento de filiación", y que "el menor fue alumbrado de madre que se negó a facilitar sus datos de identidad" solicitando que fuese atendido por el matrimonio que, posteriormente, le adoptó. Aunque no queda claro si se considera reconocimiento la declaración de paternidad anterior al nacimiento, lo cierto es que no se le da ninguna relevancia jurídica.

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 263, mantienen que el reconocimiento del concebido y no nacido "ha de ser hecho por la madre y por el padre, que podrá lógicamente revelar la identidad del otro progenitor, o sólo por la madre. El unilateral y separado del padre queda impedido por el citado precepto, toda vez que un concebido no puede ser individualizado nada más que con referencia a una madre". En Italia, FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 159, sostiene que el reconocimiento paterno anterior al nacimiento del hijo sólo puede hacerse de forma conjunta o sucesivamente al reconocimiento materno, pues "l'individuazione del figlio necessariamente richiederebbe l'indicazione della madre. E ciò sarebbe in contrasto con la norma secondo cui l'atto di riconoscimento di uno solo dei genitori non può contenere indicazioni relative all'altro genitore (art. 258, 2ª comma)"

Otros, por el contrario, admiten este tipo de reconocimientos, a pesar de la prohibición contenida en el artículo 122 C.c., si bien ofrecen soluciones diversas a su validez o eficacia.

PEÑA se limita a considerar válidos estos reconocimientos, pues "parece, en este supuesto, preferible permitir la inflexión de la prohibición (pues no hay otro modo de identificar al reconocido), que impedir al *nasciturus* el derecho a que la paternidad quede determinada, y el cumplimiento consiguiente de los deberes de asistencia (cf. art. 39.2 y 3 de la Constitución)"⁵⁷.

SANCHO REBULLIDA apunta que acaso sea necesaria la audiencia de la madre gestante, en el trámite de la aprobación judicial prevista en el artículo 124, párrafo primero, C.c., para la validez de este reconocimiento⁵⁸.

DE LA CÁMARA especifica que "el reconocimiento es ineficaz mientras la filiación materna no se determine. Una vez determinada la filiación materna (si es que se determina, claro está), estimo que al desaparecer la causa a que obedece la prohibición legal nada se opone a <<rehabilitar>> la mención que, en principio, no debió hacerse, y que en rigor sólo tuvo por finalidad posibilitar el reconocimiento. Si se tiene en cuenta, además, que el reconocimiento no puede ser eficaz, sino después de nacer el hijo, se está dentro de la previsión del artículo 122"⁵⁹.

Partiendo de que el reconocimiento paterno del concebido y no nacido es válido aun

⁵⁷ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 919-920. Sigue diciendo PEÑA que "en nuestro Derecho vigente y, en general, en el Derecho moderno rige, a efectos de la determinación de la filiación, el principio <<mater semper certa est>>, por lo cual está permitido que una persona pueda, sin contar con la madre, señalarla oficialmente como tal (cf. art. 120.4º C.c.). En último término, la infracción, en su caso, podrá ser sancionada como antes se dijo, pero el reconocimiento sería válido"

⁵⁸ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 652.

⁵⁹ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 429.

a costa de revelar la identidad de la madre, es esta última tesis de la ineficacia del reconocimiento, en tanto en cuanto no se determine la filiación materna, la que nos parece defendible por necesidad.

En primer lugar, el reconocimiento es válido porque el concebido y no nacido puede ser sujeto pasivo del mismo (cf. art. 29 C.c.), y porque la aplicación del artículo 122 C.c. no puede llevar a impedir el otorgamiento de un reconocimiento. El artículo 122 C.c. únicamente está prohibiendo manifestar la identidad del otro progenitor en un reconocimiento que es perfectamente válido y que, al ser personalísimo, debe otorgarse para que determine la filiación del que reconoce, y no del otro progenitor: la mención en un reconocimiento del otro progenitor es totalmente innecesaria, no tiene ningún efecto porque su filiación no puede determinarse por este título (reconocimiento de otro), y por eso no puede hacerse. Pero el artículo 122 C.c. no está prohibiendo reconocer en ningún caso, que es a lo que se llega, en base a dicho precepto, por los que estiman que el reconocimiento del concebido y no nacido no es posible si sólo lo hace el padre.

Resulta de lo anterior que la regla contenida en el artículo 122 C.c. no se extendería a los reconocimientos que para poder otorgarse necesitan identificar a la madre, pues son reconocimientos que escapan de su supuesto de hecho, que no está pensando en ellos. El precepto parte de un reconocimiento válido, hecho por un progenitor separadamente, y que puede determinar la filiación sin necesidad de identificar al otro progenitor. Si esa identificación es imprescindible para la identificación del hijo y, con ello, para la validez del reconocimiento, no sería de aplicación el artículo 122 C.c., que no prohíbe ningún reconocimiento.

Esta solución, además, es la que demanda la protección del hijo, parte débil de la relación paterno-filial, que no puede ver impedido su derecho a tener determinada la filiación

paterna por la protección a ultranza del derecho a la intimidad de la madre, si es que es ese el fundamento de la norma contenida en el artículo 122 C.c. La madre es la que se ha quedado embarazada, el hijo no ha tenido ninguna intervención activa en ese estado, y, por ello, ante el conflicto entre los dos derechos, debe prevalecer el del hijo.

El reconocimiento paterno del concebido y no nacido, individualizado a través de la identificación de su madre, será, por tanto, válido. Pero, ¿cuándo será eficaz?

Por de pronto, y por aplicación del artículo 30 C.c., sólo podrá ser eficaz si el reconocido nace, con figura humana, y vive veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Una vez cumplidas estas exigencias, derivadas de ser un acto atinente a un *nasciturus*, habrá que ver las que se derivan del hecho de que se haya individualizado al hijo reconocido, no por sí mismo, sino por la madre que lo ha llevado en su seno.

Si una vez nacido el hijo, no se determina la filiación materna, no se identifica a la madre, correlativamente no se podrá identificar al hijo reconocido⁶⁰. Cuando se reconoce a un concebido y no nacido, no se reconoce a una persona con nombre y apellidos, sino al hijo que va a tener una concreta mujer en una fecha más o menos determinada. Por tanto, si no consta que esa concreta mujer ha dado a luz un hijo por esas fechas, no puede tener efectos el reconocimiento, pues ¿de quién determinaría la filiación? Como al hijo en estos casos se le identifica a través de la madre, una vez que conste la madre se podrá saber qué persona es la reconocida, y con ello se determinará su filiación paterna por medio del reconocimiento.

2. Declaración de la filiación materna por el padre a los efectos del artículo 120.4º C.c.

⁶⁰ El problema lo ha expuesto acertadamente POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, tomo XLIV, fascículo III, pág. 1.207: "aunque se permita al padre, como propugnamos, mencionar a la madre, a fin de identificar al hijo, existe un problema sobreañadido: que la filiación materna nunca se determine. En tal caso el reconocimiento nunca podrá ser eficaz, precisamente porque se desconoce quién es el hijo reconocido; si el padre manifiesta que reconoce como hijo suyo al que nazca de la mujer X alrededor de tal fecha, y luego la mujer X no consta oficialmente como la madre de un niño nacido en dicha época, ¿cómo se va a poder determinar quién ha sido realmente el hijo que se ha reconocido?".

El artículo 120.4º del Código civil establece que la filiación quedará determinada legalmente, respecto de la madre, <<cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil>>. Se remite el Código a lo dispuesto en el artículo 47 L.R.c., que en su primer párrafo declara que <<En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria>>. La declaración en virtud de la cual se inscribe el nacimiento, y la filiación materna si coincide con el parte o comprobación reglamentarios, puede hacerla <<quien tenga conocimiento cierto del nacimiento>> (art. 42 L.R.c.), estando obligado el padre (art. 43.1º L.R.c.).

Puede darse, por tanto, el supuesto de que el padre que reconoce, y promueve como tal la inscripción de nacimiento de su hijo, declare también la filiación materna del nacido, lo que podría chocar con la prohibición contenida en el artículo 122 C.c. de identificar, en el reconocimiento, la identidad del otro progenitor. ¿Esta identificación de la madre en la declaración de nacimiento es una excepción a la regla del artículo 122 C.c.?

Esta posible excepción a la prohibición contenida en el artículo 122 C.c. se contenía en el texto del Proyecto del Gobierno, si bien fue suprimida siguiendo las enmiendas de tres parlamentarias que aportaban, como única justificación, el carácter discriminatorio del supuesto⁶¹. Es una justificación bastante inconsecuente con la admisión de la determinación

⁶¹ En el Proyecto se incluía un segundo párrafo en el art. 122 (el primero era prácticamente igual al actual texto del art. 122), en el que se establecía que <<No obstante, el padre que promueva, dentro de plazo, la inscripción de nacimiento, podrá declarar la identidad de la madre, si ésta resultare del parte o comprobación reglamentarios del alumbramiento>> (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 176). En las enmiendas 22, 76 y 445 se pidió su supresión, diciéndose en la segunda que "es discriminatorio para la mujer", y en la tercera que "discrimina a la mujer y pone en manos del padre un arma contra ella" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., págs. 237, 249 y 353, respectivamente). En el Informe de la Ponencia, a partir del cual desaparece este segundo párrafo del art. 122, se consideró que "Aceptadas las enmiendas números 22 y 76 (Grupo Centrista) y 445 (Coalición Democrática), que coinciden en pedir la supresión del párrafo 2 (...), el artículo 122 constará sólo del que figuraba como párrafo 1 en la redacción del proyecto" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 386). SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 650, ha señalado que "no aparece clara la fundamentación técnica e, incluso, ideológica, de esta supresión: a) pudo responder a un cambio de criterio y de régimen; b) pero pudo tener un mero alcance técnico:

de la filiación materna a través del trámite establecido en el artículo 120.4° C.c., en virtud del cual la maternidad puede quedar determinada por la declaración de cualquier persona, que tenga conocimiento del nacimiento del hijo, conforme con el parte o comprobación reglamentarios. Lo que podría considerarse discriminatorio, que no lo es, respecto de la filiación paterna, es el modo de determinar la materna en virtud del artículo 120.4° C.c., pero una vez admitido éste, no tiene mucho sentido que uno de los obligados a promover la inscripción de nacimiento, el padre del nacido según el artículo 43.1° L.R.c., se vea impedido para declarar el nombre de la madre.

Se llegaría al absurdo si, considerando que el padre no va a poder identificar a la madre, tuviese que acudir cualquier otro pariente a inscribir el nacimiento y declarar, a la vez, el nombre de la madre para que su filiación quede determinada, dejando ya vía libre al padre para que, con posterioridad, reconozca al hijo. Y además, partiendo de que el medio regulado por el artículo 120.4° C.c. para la determinación de la filiación materna es aplicable tanto si dicha filiación es matrimonial como no matrimonial⁶², siendo irrelevante, por tanto, para que opere esta determinación la calificación que con posterioridad se le atribuya, sería discriminatorio respecto de la filiación materna matrimonial que el padre reconocedor no pudiera declarar el nombre de la madre, obligándola en consecuencia a reconocer, para que la filiación materna no matrimonial quedase determinada. El marido, también como padre, no tiene ningún límite para declarar el nombre de la madre con el fin de que quede determinada la filiación materna (y paterna) matrimonial.

distinguir, en estos casos, la actuación del padre como reconocedor al amparo del art. 120, 1°, Cc. (cfr., también, arts. 49 LRc. y 186 RRc.); y como declarante del nacimiento, en cumplimiento de la obligación que le impone el art. 43 LRc."

⁶² Vid. *supra* pág. XV. El art. 120.4° C.c. se remite, con su alusión a la Ley del Registro Civil, al art. 47 de la misma, precepto que no distingue, a los efectos de hacer constar en la inscripción de nacimiento la filiación materna, entre la matrimonial y la no matrimonial.

Aunque se suprimiese en el trámite parlamentario de la Ley de reforma de la filiación esta excepción a la prohibición contenida en el artículo 122 C.c., hay que decir que el supuesto no es exactamente una excepción, sino que escapa del supuesto de hecho normativo. Cuando el padre que reconoce identifica a la madre en la inscripción de nacimiento a los efectos del artículo 120.4º C.c., no lo hace propiamente en el reconocimiento (como exige el artículo 122 C.c. para que sea de aplicación -dice <<no podrá manifestar *en él*->>), sino en la inscripción de nacimiento del hijo, que está obligado a promover. Aunque coincidan en el tiempo declaración de nacimiento y reconocimiento paterno, y coincida igualmente el órgano destinatario de ambas declaraciones, se trata de dos actos distintos, correspondiendo la mención de la madre al primero. Es en la declaración de nacimiento en la que puede constar el nombre de la madre, y el primer obligado a efectuarla es el padre, que en nuestro caso se determinará por medio de un reconocimiento. No hay, pues, contradicción entre lo establecido en el artículo 122 C.c. y la declaración de nacimiento efectuada por el padre que reconoce, pues no estamos ante una identificación del otro progenitor *en el reconocimiento*⁶³.

La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación, ya mantuvo que el padre puede expresar en la declaración de nacimiento la persona de la madre, siempre que coincida con lo que ya consta en el Registro a través del parte o comprobación

⁶³ No distingue expresamente entre declaración de nacimiento y reconocimiento, pero sí entre *declarante* y *reconocedor*, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 650, señalando que el padre es en concepto de declarante del nacimiento en el que identifica a la madre, "por tanto, no es que el padre, como *reconocedor*, revele la identidad del otro progenitor, sino que como *declarante* participa -junto al parte o comprobación- en la constancia registral de la maternidad" Con posterioridad, SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 334, ha aportado otro argumento para excluir del ámbito de la prohibición el supuesto que tratamos: "téngase, en cualquier caso, presente, que la revelación de la identidad de la madre que contenga la declaración paterna habrá de coincidir con la que resulte del parte o comprobación (artículo 181 del R.R.c.), y que, además, la que figure como madre puede evitar tal mención mediante simple desconocimiento de la filiación atribuida (art. 182 del R.R.c.), todo lo cual acerca el supuesto a los de reconocimiento conjunto y lo diferencia del reconocimiento separado al que se refiere la prohibición"

reglamentarios a que se refiere el artículo 47 L.R.c., en base a que <<esta solución es la impuesta por las necesidades de la práctica para facilitar la inscripción de los hijos habidos entre personas en relación estable de hecho, y no obstante lo prescrito en el antiguo artículo 132 del Código Civil, que sustancialmente recogía ya la misma doctrina hoy expresada en el nuevo artículo 122 del Código>>. La razón práctica es muy acertada⁶⁴, pero nos parece más sostenible para defender esta solución decir que el padre no identifica a la madre en el reconocimiento, sino en la declaración de nacimiento, en lugar de, como hace la Circular, hablar de que <<en tal caso no es que el padre, que reconoce la paternidad en la misma inscripción, revele la identidad de la madre, sino que la maternidad ya está determinada legalmente por la declaración de nacimiento y el parte o comprobación reglamentarios, conforme al Código y a la Ley del Registro Civil>>⁶⁵. Y es que el padre realmente revela la identidad de la madre, y la filiación de ésta se determinará en base a esa identificación, siempre que coincida con el parte o comprobación reglamentarios, pero no la revela en el reconocimiento sino en la declaración de nacimiento, por lo que no es de aplicación el artículo 122 C.c.

Esta misma solución es la que ha recogido el artículo 181 del Reglamento del Registro civil, reformado por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, al establecer que <<El padre que promueve dentro del plazo la inscripción de nacimiento, en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien

⁶⁴ Como señala PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 890, "la madre, ordinariamente, está de acuerdo en la declaración que hace el padre; y no debe dificultarse la vida ordinaria pensando en el caso patológico".

⁶⁵ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 351, apunta que "la tesis de la Dirección es aceptable, aunque no sin cierta benevolencia. Porque no es, como asevera la Circular, que la maternidad <<ya esté determinada por la declaración de nacimiento y el parte o comprobación reglamentarios>>, sino por la inscripción de nacimiento, como dice expresamente el artículo 120, 4, del Código civil"

hubiere tenido el hijo, siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción>>.

Tanto la Circular como el Reglamento, recalcan que el padre puede expresar la persona con la que ha tenido el hijo siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción. De lo que se deduce que, si no consta en estos documentos la identidad de la madre, porque ésta se opone a ello (cfr. art. 167, párrafo 2º, R.R.c.), el padre no podrá revelar esta identidad, por lo que estaríamos de nuevo ante la prohibición del artículo 122 C.c. Creemos, por el contrario, que sigue sin ser aplicable este precepto, pues, en el caso de que el padre identifique a la madre al inscribir el nacimiento, lo hará en la declaración de nacimiento y no en el reconocimiento⁶⁶. Lo que ocurrirá es que la filiación materna no quedará determinada, al no operar el mecanismo previsto en el artículo 120.4º C.c., por lo que no podrá hacerse ninguna mención de esta circunstancia en la inscripción del nacimiento del hijo.

⁶⁶ Expresamente mantiene lo contrario DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 351, según el cual "si el parte o declaración de los profesionales no mencionan a la madre porque ésta se ha opuesto a ello, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 167 del Reglamento, (...) es inexcusable la aplicación del artículo 122 del Código civil, y, por consiguiente, procederá inscribir tan sólo (en virtud del reconocimiento del padre) la filiación no matrimonial paterna" Coincidimos en que sólo podrá inscribirse en estos casos la filiación paterna reconocida, pero no porque resulte aplicable el art. 122, sino porque la materna no ha quedado determinada.

CAPÍTULO II: FORMAS DEL RECONOCIMIENTO

I INTRODUCCIÓN

Para que un reconocimiento de paternidad o maternidad funcione como título de determinación legal de la filiación se exige que sea *formal*. La declaración de paternidad o maternidad, emitida respectivamente por el padre o la madre, en que consiste el reconocimiento de filiación, debe hacerse con unas determinadas solemnidades, en una determinada forma, para que sirva como título de determinación legal de la filiación, para que la Ley haga depender directamente de él la determinación de la filiación⁶⁷. Estas formas o solemnidades, de las que nos ocuparemos inmediatamente después, son las que recoge el artículo 120.1º C.c.: ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento

⁶⁷ Semejantes exigencias formales encontramos en las legislaciones de nuestro entorno cultural. El art. 335 del Código civil francés, reformado por la Ley nº 93-22 de 8 de enero de 1993, establece en su primer párrafo que <<La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique>>, introduciendo expresamente el reconocimiento <<par acte reçu par l'officier de l'état civil>> que ya se admitía con anterioridad por la doctrina -antes de la reforma, COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABROUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, Dalloz, 1977, pág. 166, escribían que "l'article 335 rappelle en effet qu'elle [el reconocimiento] doit se faire par acte authentique lorsqu'elle ne l'a pas été dans l'acte de naissance; elle ne peut donc être reçue que par un officier public, officier d'état civil le plus souvent, ou notaire". El art. 254 del Código civil italiano, más extenso, dice en su primer párrafo que <<Il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o davanti al giudice tutelare o in un atto pubblico o in un testamento qualunque sia la forma di questo>>, y en el segundo que <<La domanda di legittimazione di un figlio naturale presentata al giudice o la dichiarazione della volontà di legittimarlo espressa dal genitore in un atto pubblico o in un testamento importa riconoscimento, anche se la legittimazione non abbia luogo>>, entendiendo FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., págs. 158-159, que "i requisiti di forma richiesti dall'art. 254 c. c. hanno perciò la funzione di documentazione dell'atto, ai fini di assicurare la massima certezza giuridica circa l'autore ed il tempo del riconoscimento". En cuanto al Código civil portugués, en su art. 1853 se recogen las formas en que puede hacerse el reconocimiento: por declaración prestada ante el funcionario del registro civil, por testamento, por escritura pública y <<por termo lavrado em juízo>>; el reconocimiento que no revista alguna de estas formas es nulo, como señala DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, ed. Livraira Almedina, Coimbra, 1991, pág. 119.

público⁶⁸.

El reconocimiento aformal, es decir, el efectuado sin alguna de estas solemnidades, será válido como mera constatación de la paternidad o la maternidad, y podrá cumplir alguna de las otras dos funciones enunciadas en la introducción del capítulo anterior. Desplegará su eficacia o bien como prueba de la filiación, a valorar por el Juez (art. 135 C.c.), para que aquélla quede determinada en virtud de sentencia (art. 120.3º C.c.), o bien como circunstancia en la que puede apoyarse la resolución recaída en expediente registral (art. 49.1ª L.R.c.) que sirve como título de determinación legal de la filiación (art. 120.2º C.c.).

II RECONOCIMIENTO ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL

1. Tiempo en que puede hacerse la declaración.

En relación a las formas aptas para reconocer, la declaración ante el Encargado del Registro civil⁶⁹ es la única modificación que, con respecto a la anterior redacción, se introdujo con la reforma de 1981 en el Código civil. El antiguo artículo 131, más estricto, sólo recogía el reconocimiento en el acta de nacimiento, lo que parecía restringir esta modalidad a la declaración ante el Encargado al inscribir el nacimiento⁷⁰, si bien la Ley del Registro civil, de

⁶⁸ Igualess formalidades exigen la Ley 69 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (<<El reconocimiento deberá hacerse por declaración ante el encargado del Registro Civil o en testamento o en otro documento público>>) y el art. 4.1 de la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones (<<La filiación no matrimonial puede establecerse: a) Por reconocimiento en testamento, en documento público o ante el encargado del Registro Civil>>).

⁶⁹ Abarca esta forma de reconocimiento el efectuado ante el Juez de Paz, como admitió la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de agosto de 1982 (RJA 1982, 4681): "el reconocimiento de filiación paterna no matrimonial podía efectuarse tanto antes como ahora (cfr. artículo 49 L.R.C. y art. 120-1º C.c.) por comparecencia ante el Encargado del Registro y en esta expresión es obvio que ha de estar comprendido el Juez de Paz, delegado de aquél, conforme a lo señalado por el artículo 45 [hoy, 46] del Reglamento del Registro Civil, del cual resulta que el Juez de Paz <<actúa por delegación del Encargado y con iguales facultades, salvo en los expedientes>>".

⁷⁰ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 440, señala que el Código parecía referirse "al reconocimiento otorgado precisamente al inscribir el nacimiento del hijo, y así venía a corroborarlo implícitamente el artículo 133, 2, al eximir del requisito de la autorización judicial el reconocimiento del menor de edad en el acta de nacimiento"

8 de junio de 1957, ya previó, en su artículo 49, que la declaración ante el Encargado podía hacerse <<en cualquier tiempo>>.

Al no establecerse en la actualidad ningún límite temporal, ni expresa ni tácitamente, al reconocimiento formalizado ante el Encargado del Registro, es claro que la declaración podrá efectuarse tanto al inscribir el nacimiento del hijo, ya sea dentro o fuera de plazo, como con posterioridad a dicha inscripción, declaración que se inscribirá, cuando proceda, al margen de la inscripción de nacimiento (cfr. art. 49 L.R.c.). El factor temporal sólo tendrá relevancia a la hora de determinar el régimen de eficacia aplicable al reconocimiento, que estudiaremos más adelante: si se practica dentro del plazo para inscribir el nacimiento, quedará sometido al segundo párrafo del artículo 124 C.c., y si se practica con posterioridad, al primer párrafo de dicho artículo, si el hijo sigue siendo menor o está incapacitado, al artículo 123 C.c. si ya es mayor de edad o al artículo 126 C.c. si el hijo ya ha fallecido.

2. Reconocimiento que no puede ser inscrito inmediatamente.

El reconocimiento ante el Encargado del Registro se presenta como una declaración verbal, que si no se documentase inmediatamente no podría servir como reconocimiento formal a los efectos de determinar legalmente la filiación⁷¹. En el caso de que esta declaración a través de la cual se manifiesta el reconocimiento sea válida y eficaz sin necesidad de ningún otro requisito, lo que ocurrirá cuando el reconocimiento ante el Encargado se realice dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento (vid. art. 124, párrafo 2º, C.c.), la inscripción que lleva a cabo el Encargado funciona como fijación formal de tal declaración. Si, por el contrario, la declaración no puede inscribirse inmediatamente, por no contar con los

⁷¹ Son muy acertadas, en este sentido, las palabras de PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 439, quien hace notar, en relación al reconocimiento por declaración ante el registrador, "que debe documentarse, mediante inscripción marginal, en el folio registral de nacimiento, de modo directo, cuando ello sea posible y, en otro caso, a través de un acta que servirá de base en su día al asiento"

requisitos exigidos o por no ser competente el Encargado ante el que se realiza (lo que ocurrirá siempre que se reconozca ante el Encargado de un Registro distinto de aquél en el que consta la inscripción de nacimiento), será necesario documentarla de alguna manera para darle esa fijeza formal que garantice su irrevocabilidad.

A diferencia de las otras formas de reconocer, no se parte de un documento auténtico que deje constancia de la existencia del reconocimiento para, posteriormente y en su caso, en cualquier momento en que recaiga la aprobación o el consentimiento oportuno, inscribirlo. Será preciso en estos supuestos de imposibilidad de inscripción inmediata crear ese documento, que será un acta extendida por el Encargado del Registro, donde conste el reconocimiento efectuado⁷². Tenemos, pues, que un reconocimiento que se formaliza inicialmente por declaración ante el Encargado, pasa a ser un reconocimiento en documento público⁷³.

El segundo párrafo del artículo 186 R.R.c. regula esta situación en que el reconocimiento no puede ser inscrito inmediatamente después de ser efectuado. Establece los pasos a seguir para que el reconocimiento llegue a tener a eficacia: <<La declaración de reconocimiento ante el Encargado cuando no pueda inscribirse inmediatamente, se diligenciará con las circunstancias del asiento, las de identidad del hijo y la firma del declarante, en acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá primero, en su caso, con la solicitud

⁷² Siguiendo a PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 262, "las actas son los títulos hábiles para la práctica de asientos relativos a actos de estado civil formalizados a través de declaraciones emitidas en Registro distinto del competente para la práctica del asiento (por ejemplo, las inscripciones (...) de reconocimiento del art.185 R, etc.), o en el propio Registro, cuando la declaración no pueda documentarse inmediatamente en el asiento"

⁷³ Un supuesto específico, objeto de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de marzo de 1985, es el reconocimiento otorgado ante el Encargado de un Registro Civil extranjero (recogida por QUESADA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia (Diccionario Práctico de Jurisprudencia)*, Vol. II, ed. PPU, Barcelona, 1992, pág. 897). La citada Resolución dictamina que "no hay duda de que es válido formalmente el reconocimiento otorgado ante el encargado de un Registro Civil como hecho en documento público (cfr. artículo 131 C.C., en su redacción originaria, y artículo 120-1º C.C., en su redacción vigente) y esta forma cumple las exigencias del Derecho internacional privado español conforme al artículo 11 del Código Civil, incluso aunque haya de aplicarse el apartado 2 de este artículo"

correspondiente, a la aprobación judicial, y después, con el testimonio de la aprobación, tras de diligenciar ésta en el duplicado, al Registro competente para, en su virtud, practicar la inscripción>>⁷⁴. De su lectura se deduce que, en realidad, sólo prevé el reconocimiento de un menor o incapaz, único que puede ser eficaz con la aprobación judicial. Reconocimiento de un menor realizado, ya sea durante el plazo de inscripción de nacimiento pero en Registro distinto de donde consta esta inscripción, en cuyo caso no es necesaria la aprobación judicial, ya sea en un momento posterior, cuando sí es necesaria esta aprobación.

Sin embargo, el reconocimiento ante el Encargado de un hijo menor de edad o incapaz también puede ser eficaz con el consentimiento del representante legal del hijo (art. 124, párrafo 1º, C.c.)⁷⁵, posibilidad no prevista por el artículo 186 R.R.c., y pueden igualmente reconocerse ante el Encargado el hijo mayor de edad y capaz y el hijo ya fallecido, en cuyo caso son requisitos de eficacia el consentimiento del propio hijo (art. 123 C.c.) y el consentimiento de sus descendientes (art. 126 C.c.), respectivamente. A pesar del silencio reglamentario, creemos que el Encargado debería comunicar a estas personas el reconocimiento efectuado, con la solicitud correspondiente del consentimiento exigido, con el fin de que el reconocimiento, ya irrevocable, pueda cumplir con la función que legalmente se le asigna, que es la determinación de la filiación. Por razones de analogía, si el reconocimiento puede llegar a ser eficaz con el consentimiento de determinadas personas, igual que puede llegar a ser eficaz con la aprobación judicial, compete al Encargado que recibe la declaración del

⁷⁴ La interpretación de este precepto debe tener en cuenta lo establecido por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1989, que en su apartado 2, letra c), entiende que el Encargado del Registro competente para practicar la inscripción de nacimiento es también competente para decidir las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia de filiación, por lo que, como ha venido a aclarar la Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1993 (RJA 1993, 10016), el Encargado no debe promover de oficio la aprobación del reconocimiento.

⁷⁵ Aunque el art. 186 R.R.c. se reformó en 1986, parece que sigue anclado en la antigua regulación del reconocimiento de hijo menor o incapaz, para cuya eficacia sólo se contemplaba la aprobación judicial.

reconocedor remitir la solicitud de estos consentimientos a las personas oportunas. Es irrelevante a este respecto que el reconocedor se dirija *motu proprio* a las personas interesadas para solicitarles su consentimiento, ya que nos parece exigible, al ser materia de orden público el estado civil de las personas, una comunicación oficial.

III RECONOCIMIENTO EN DOCUMENTO PÚBLICO

1. Aclaración previa.

El artículo 120.1º C.c., después de mencionar el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, alude al reconocimiento <<en testamento o en otro documento público>>, lo que parece sugerir que las formas válidas para reconocer son tres: reconocimiento ante el Encargado, reconocimiento en testamento y reconocimiento en documento público. No pensamos así, sino que como iremos exponiendo las formas del reconocimiento se reducen a dos.

Dentro de este epígrafe vamos a ocuparnos del estudio de los reconocimientos de filiación contenidos en un documento público que no sea testamento. Distinguimos el reconocimiento en otro documento público o, mejor dicho, su estudio, a los solos efectos sistemáticos, ya que, a nuestro entender, tanto el reconocimiento en testamento como el reconocimiento en otro documento están sometidos, en general, a un mismo régimen jurídico. Como veremos, la única salvedad, o regla específica, que presenta el reconocimiento testamentario, en función del acto en que se contiene, respecto de cualquier otro reconocimiento en documento público, es la posibilidad, reconocida por el artículo 188 R.R.c., de que sea eficaz sin necesidad de ningún requisito complementario a la muerte del testador.

El testamento-documento público es el único testamento apto para contener un reconocimiento que determine la filiación, y su especificidad aconseja un tratamiento diferenciado, pero pensamos que el artículo 120.1º C.c. recoge sólo dos modalidades de

reconocimiento: la declaración ante el Encargado y el documento público⁷⁶.

2. Se puede reconocer en cualquier documento público.

Documentos públicos son, según establece el artículo 1.216 C.c., <<los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley>>⁷⁷. Por otra parte, y refiriéndose concretamente al reconocimiento de filiación, el artículo 186 R.R.c. enumera como documentos públicos aptos para contenerlo <<la escritura pública, el acta civil de celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación>>. La primera pregunta, pues, que cabe plantearse es si este último precepto limita los documentos públicos en que se puede reconocer formalmente la filiación o, por el contrario, cualquier reconocimiento contenido en documento público que reúna los requisitos del artículo 1.216 C.c. es válido para determinar la filiación.

La redacción del artículo 186 R.R.c. es prácticamente la misma que la del antiguo artículo 185 R.R.c., desapareciendo únicamente la mención del acta canónica de matrimonio. Se pueden traer a colación, en consecuencia, opiniones doctrinales anteriores a la reforma del Reglamento del Registro civil, como la de PERÉ RALUY, quien afirmaba que la enumeración

⁷⁶ Nos inspiramos en este punto en PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 436. Dicho autor parte de un concepto extenso de reconocimiento, no compartido por nosotros, que comprende "todos los actos por los que se establece formalmente la relación de paternidad o maternidad entre una persona en la que concurren los presupuestos de hijo natural, con sus respectivos progenitores", es decir, el reconocimiento voluntario y el forzoso, afirmando que "por razón de la forma como se manifiesta y produce puede ser: reconocimiento en documento público y reconocimiento en resolución judicial". Hay que tener en cuenta que cuando fueran escritas estas palabras, el art. 131 C.c. no recogía el reconocimiento por declaración ante el Encargado del Registro, sólo en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.

⁷⁷ Se remiten a este precepto PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 917, y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 125. GARCÍA ZARANDIETA, "La filiación y el Registro Civil", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1982, nº 1.272, pág. 14, por su parte, considera que "por documento público debe entenderse, como ya venía haciéndose con la legislación anterior, todo documento autorizado por funcionario cuya fe pública puede cubrir la emisión de la declaración de reconocimiento: notarios, en escrituras públicas; Encargados del Registro Civil, en expedientes, comparecencias y actas de matrimonio; Secretarios judiciales, en actos de conciliación, expedientes de jurisdicción voluntaria, confesiones judiciales documentadas, etc."

del artículo 185 R.R.c. era meramente enunciativa, pudiendo formalizarse el reconocimiento "en cualquier documento público autorizado por funcionario cuya fe pública pueda cubrir la emisión de la declaración de reconocimiento"⁷⁸. Tras la reforma de la filiación, son varios los autores que se han pronunciado a favor del carácter enunciativo o ejemplificativo del precepto. A juicio de ALBALADEJO, <<otro documento público>> "lo es cualquiera, sin exclusión. El Reglamento del Registro civil señala algunos; lo que no impide que lo sean otros"⁷⁹. RIVERO⁸⁰, por su parte, sostiene que el artículo 186, párrafo primero, R.R.c. contiene una relación abierta y ejemplificativa, lo mismo que SANCHO REBULLIDA⁸¹. Para SERNA MERONÓ "la expresión documento público es muy amplia; por tanto, debe entenderse que cualquier documento con carácter público puede ser idóneo para contener el reconocimiento"⁸².

Pero no faltan las voces discordantes que no comparten la tesis de que la lista del artículo 186 R.R.c. sea meramente enunciativa o ejemplificativa. Señaladamente DE LA CÁMARA, para quien "que el reconocimiento pueda hacerse <<en otro documento público>> no significa que cualquier documento que sea público pueda servir para formalizar un reconocimiento si la Ley fija el contenido posible del documento en cuestión"⁸³.

En nuestra opinión, la relación entre los artículos 120.1º C.c. y 186, párrafo primero,

⁷⁸ *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 438.

⁷⁹ *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 239.

⁸⁰ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 125.

⁸¹ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 75.

⁸² *La reforma de la filiación*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 275.

⁸³ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 457. En la nota 212 explica que por esta razón no comparte la tesis de que el art. 185 (actual art. 186) "formula una declaración simplemente demostrativa o enunciativa. Si lo fuera, el precepto sobraría".

R.R.c. es clara: la norma reglamentaria está subordinada a la legal, y en consecuencia no puede entenderse que limita los términos extensos en que está redactado el precepto del Código. Éste habla, en general, de <<documento público>>, cualquier documento público, por lo que, en principio, cualquier documento que reúna los requisitos exigidos para ser considerado como público podrá contener un reconocimiento que determine legalmente la filiación. De lo que se deduce que la relación de documentos que menciona el artículo 186 R.R.c. es meramente ejemplificativa: se recogen aquéllos que son utilizados normalmente para reconocer o que puede plantear problemas su aptitud para reconocer en ellos⁸⁴. El artículo 120.1º C.c. lo que pretende es que el reconocimiento goce de autenticidad, que sea formal, y esta autenticidad o formalidad se la da cualquier documento público.

Otra cuestión es, como apunta acertadamente DE LA CÁMARA, que el documento público en cuestión tenga un contenido predeterminado por la Ley, excluyente de cualquier otra disposición. En ese caso, obviamente habrá que estar a ese posible contenido legal del documento, que limitará la posibilidad de recoger un reconocimiento en él. Pero esto no desmerece nuestra tesis anterior, pues la limitación vendrá dada por el precepto concreto que delimita el contenido del documento público, no por la lista del artículo 186 R.R.c.: éste no restringe los términos amplios del artículo 120.1º C.c., sino que simplemente contiene una lista enunciativa de documentos. Cualquier otro documento público cuyo contenido no esté rígidamente fijado por la Ley, o al menos no prohíba la inclusión de otras disposiciones en él, será adecuado para recoger un reconocimiento.

3. Documentos públicos recogidos en el artículo 186, párrafo primero, R.R.c.

⁸⁴ Prueba de que el art. 186-I R.R.c. no es exhaustivo en cuanto a la relación de documentos públicos que recoge es que el reconocimiento en expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, documento mencionado expresamente por dicho precepto, puede ser considerado como una modalidad del reconocimiento ante el Encargado del Registro, que se introdujo, no obstante, como reconocimiento en documento público, según PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 438, para resolver "las dudas planteadas en la antigua legislación"

A continuación procede estudiar algunos de los concretos documentos públicos en los que se puede reconocer, y para ello podemos partir de la lista que nos ofrece el artículo 186, párrafo primero, R.R.c., centrándonos en los problemas que plantean estos supuestos de reconocimiento.

1. Escritura pública.

Comenzamos por la escritura pública, mencionada en primer lugar por dicho precepto y considerada por la doctrina como el documento público idóneo para efectuar un reconocimiento de filiación⁸⁵.

La primera cuestión que cabe plantearse es si el único título notarial adecuado para reconocer es la escritura pública o, por el contrario, el acta notarial valdría igualmente como título válido. PERÉ RALUY advertía que "aunque no debería rechazarse la inscripción en el Registro de un reconocimiento formalizado en acta notarial, no es prudente realizar dicho acto mediante tal tipo de instrumento público, cuando menos a efecto de evitar posibles dudas sobre la eficacia de dicho acto, por razones formales"⁸⁶. A pesar de la advertencia, encontramos algún ejemplo de reconocimiento contenido en acta notarial considerado formalmente válido por la jurisprudencia. Así, el reconocimiento de paternidad enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1993⁸⁷ se practicó en acta notarial, como se deduce de sus fundamentos, cuestionándose simplemente si concurría algún vicio de la voluntad.

Algunos autores vinculan la dicotomía entre escritura pública y acta notarial a la

⁸⁵ A juicio de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 453, "el documento público por excelencia llamado a formalizar un reconocimiento es la escritura pública"; y en el mismo sentido se pronuncia PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 917: "el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe de los reconocimientos (...), y el instrumento apropiado es la escritura pública (cf. arts.144-II Reglamento Notarial y 185-I R.R.c.)"

⁸⁶ *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 438.

⁸⁷ RJA 1993, 7664.

naturaleza jurídica del reconocimiento. Si la tesis mantenida es la del reconocimiento-confesión, el medio apropiado para efectuar el reconocimiento sería el acta notarial; si, por el contrario, se mantiene la tesis del reconocimiento-admisión, el instrumento adecuado sería la escritura pública⁸⁸. En nuestra opinión, y ya que lo que se recogerá en el documento será una declaración de voluntad de persona distinta del autorizante de dicho documento, éste debe ser una escritura pública.

Otro punto a examinar es si la escritura pública que contenga el reconocimiento debe tener por objeto exclusivamente dicho acto o bien puede contener, además, otros actos⁸⁹. La doctrina no mantiene una postura uniforme a este respecto. PEÑA admite sin discusión ambas posibilidades: "el instrumento apropiado es la escritura pública (...), bien tenga como objeto exclusivo el reconocimiento, bien comprenda además otros actos jurídicos, por ejemplo, capitulaciones matrimoniales"⁹⁰. En el mismo sentido se pronuncia RIVERO, para quien "en algunos casos el documento público tiene por definición otro fin específico (capitulaciones

⁸⁸ GARRIDO DE PALMA, *Derecho de la Familia*, ob. cit., págs. 163 y 164, escribe que ya que, en el reconocimiento-confesión, no hay manifestación de voluntad, sino sólo narración de un hecho, el medio notarial adecuado debe ser el acta; y que en el reconocimiento-admisión, al exigir la decisión o voluntad de tener al nacido por hijo y cumplir respecto de él los deberes correspondientes, el medio notarial adecuado es la escritura pública, "en cuanto el declarante, además de narrar un hecho, emite una declaración de voluntad y crea con ello un estado de derecho válido mientras no triunfe la impugnación" Incide en la repercusión notarial de la naturaleza jurídica del reconocimiento más adelante, añadiendo que el tenor literal del art. 120.1º C.c., al hablar de <<en otro documento público>> no ha resuelto la duda sobre la necesidad de acta o escritura para efectuar el reconocimiento (*ob. cit.*, pág. 176). En base a la tesis mantenida por el autor, exigiendo en todo reconocimiento formal voluntad reconocedora, concluye que "el medio formal, evidentemente, es la escritura pública y no el acta narradora de puros hechos". PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 905, señala, como colofón de su estudio sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento que "el instrumento notarial adecuado es una escritura, no un acta (cf. art. 144 R. Not.)"

⁸⁹ La doctrina francesa interpreta ampliamente el art. 335 del Code. Así, COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABROUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturel*, ob. cit., pág. 166, nota 1, escriben que "rappelons que la reconnaissance peut être contenue dans un acte notarié relatant une autre opération juridique (contrat de mariage, testament...) et que la nullité (autre qu'une nullité pour vice de forme) ou la caducité de l'acte notarié ne rajailit pas sur la reconnaissance. La reconnaissance peut aussi être faite au cours d'une procédure judiciaire (déclaration expresse devant un juge enquêteur, au cours d'une comparution personnelle..."

⁹⁰ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 917.

matrimoniales, acta civil de matrimonio), y ofrece el marco formal de su autenticidad para el reconocimiento; otras veces, puede tratarse de un documento ad hoc, como es la escritura pública de reconocimiento, con este solo objeto"⁹¹. DE LA CÁMARA, en cambio, considera que el documento público "por excelencia" es la escritura pública "precisamente (...) otorgada única y exclusivamente con ese fin [reconocer]"⁹².

A nuestro juicio, y como ya hemos señalado, cualquier documento público aporta la forma exigida para que el reconocimiento en él contenido pueda servir de título de determinación legal de la filiación, tanto si el objeto de dicho documento público es sólo el reconocimiento como si, además, contiene otras disposiciones. En este punto, lo que habría que matizar es que no puede confundirse el reconocimiento contenido en un documento público junto a otras declaraciones o actos jurídicos con el reconocimiento incidental⁹³, categoría ésta de reconocimiento que no es admitida por la mayoría de la doctrina para determinar legalmente la filiación⁹⁴. Y hay que clarificarlo porque los supuestos de

⁹¹ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 125.

⁹² *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 453 y 454.

⁹³ Se aprecia esta confusión en la enmienda nº 115 presentada por el Grupo de Unión de Centro Democrático durante la tramitación en el Senado de la reforma de la filiación (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 680). Se postuló que se introdujera la expresión "...o en otro documento público al efecto", justificándolo en que "tratándose de un tema de tanta trascendencia parece oportuno que la mención para ser estimada no basta se haya consignado de modo indirecto incidental en un documento ajeno en su objeto al propio reconocimiento, sino en documento específicamente destinado a dicho fin". La enmienda no prosperó, lo que puede servir de argumento a favor de que cabe incluir el reconocimiento, siempre que no sea incidental, en un documento no destinado al efecto.

⁹⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", ob. cit., pág. 154, es contundente al afirmar que "no tuvo éxito la *enmienda 115 del Senado* (Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático-UCD) que pretendía excluir el reconocimiento incidental, pero tal fracaso de ninguna manera puede implicar la admisión como reconocimiento formal del reconocimiento incidental, sin perjuicio de la función de éste en el expediente registral y en la acción de reclamación". Menciona el tema, aunque de pasada y refiriéndose a la naturaleza "abierta y ejemplificativa" de la lista de documentos recogida en el art. 186, párrafo 1º, R.R.c., RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 125: "es evidente que también es documento público la declaración de paternidad o maternidad efectuada en un proceso civil o penal (por ejemplo, en confesión judicial, declaración como testigo o como acusado), a presencia judicial y bajo fe del secretario correspondiente, siempre que reúna los requisitos pertinentes y no sea mero reconocimiento incidental".

reconocimiento formal incidental se darán en estos casos en que el documento público recoge, además del reconocimiento, otro acto jurídico⁹⁵. Se impone, pues, diferenciar cuándo estamos ante un reconocimiento incidental y cuándo ante un reconocimiento directo si la finalidad propia del documento público que lo contiene no es dicho reconocimiento.

Esta terminología, "a falta de una mejor"⁹⁶, es la que maneja DÍEZ DEL CORRAL, para quien reconocimiento directo "existirá cuando la declaración vaya dirigida a la exclusiva finalidad de constatar la paternidad o cuando, si se injerta en ella otra declaración, pueda considerarse la primera como declaración principal"; mientras que reconocimiento incidental "se dará cuando la declaración vaya encaminada a constatar un hecho distinto, pero en la declaración se injerte incidentalmente, de pasada, una afirmación de paternidad"⁹⁷. Sin embargo, este autor destaca a continuación que "para que exista reconocimiento directo no es preciso que aquél sea la única declaración del escrito en su conjunto, ni tampoco que esté contenido en una cláusula separada. Lo único necesario es que la manifestación pueda considerarse aislada y no subordinada a las que la rodean"⁹⁸.

⁹⁵ Así, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 360, menciona como reconocimientos incidentales formales, a título ejemplificativo, "el resultante de un testamento en que el testador instituye heredero a quien llama hijo suyo, sin que previamente se haya determinado la filiación de ese hijo", o "si el presunto progenitor, en escritura pública, reconoce deber una cierta cantidad de dinero al que califica de hijo"; señalando este autor que estos casos de reconocimientos incidentales son sumamente infrecuentes. DÍEZ DEL CORRAL, "El reconocimiento incidental de la paternidad natural", en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, pág. 566, nota 24, por su parte, señala, refiriéndose al reconocimiento incidental, que "los supuestos de hecho podrían repetirse hasta el infinito dentro de la lista de documentos públicos aptos para el reconocimiento que señala el art. 185 R.R.C."

⁹⁶ DÍEZ DEL CORRAL, "El reconocimiento incidental de la paternidad natural", ob. cit., pág. 555.

⁹⁷ *ibidem*.

⁹⁸ "El reconocimiento incidental de la paternidad natural", ob. cit., pág. 556. DÍEZ DEL CORRAL vuelve a tratar el tema al estudiar la eficacia del reconocimiento incidental efectuado en documento público, afirmando que "si, desde luego, cuando pensamos en el reconocimiento del art. 131 nos imaginamos al padre que acude al notario o a otro fedatario con la finalidad exclusiva o principal de reconocer a su hijo, dando lugar al otorgamiento de un instrumento en el que constará un reconocimiento directo (...), junto a este caso normal puede suceder que la finalidad del otorgamiento sea completamente distinta, pero que, por exigencia lógica de su contenido, sea necesario en un determinado momento de la redacción afirmar de pasada la paternidad" (ob. cit., págs. 565 y 566).

Podemos deducir de todo lo anterior que cabe distinguir tres supuestos distintos:

documento público otorgado con la exclusiva finalidad de reconocer la filiación;

documento público cuya finalidad es contener un acto jurídico distinto del reconocimiento que se aprovecha para practicar un reconocimiento con la debida forma auténtica;

- documento público cuya finalidad es contener un acto jurídico distinto del reconocimiento en el que, incidentalmente, sin intención de reconocer, se declara la paternidad o maternidad.

Los dos primeros supuestos encajarían dentro de la categoría de reconocimientos directos, por lo que serían títulos válidos para determinar directamente la filiación. No así el tercero, que no es apto para determinar legalmente la filiación en base al artículo 120.1º C.c. a pesar de reunir la forma adecuada. Como vemos en los dos últimos supuestos, lo que diferencia al reconocimiento directo del incidental no es la finalidad exclusiva o principal de reconocer del documento público en que se contenga, sino la intención o no que anime al reconocedor de dejar establecida la filiación. En uno y otro caso la finalidad principal del documento público no será el reconocimiento, sino otra distinta, pero sólo habrá reconocimiento incidental cuando falte la "intención o propósito de establecer o determinar la paternidad"⁹⁹. Si el reconocimiento directo se contiene en un documento público junto a otras disposiciones, aparecerá como una declaración autónoma, con sustantividad propia, independiente del contenido principal del documento.

2. Acta civil de celebración del matrimonio de los padres.

Seguimos con el estudio del reconocimiento en el <<acta civil del matrimonio de los padres>> (art. 186, párrafo 1º, R.R.c), segundo documento mencionado por el precepto

⁹⁹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 360.

registral. Este acta es la que se recoge en el párrafo primero del artículo 62 C.c.¹⁰⁰, según el cual <<El Juez, Alcalde o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado, la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos>>¹⁰¹. Hay que tener en cuenta que <<acta civil de matrimonio>> es tanto la inscripción que practica directamente el funcionario ante el que se celebra el matrimonio¹⁰² como el acta, en sentido estricto, que procede levantar cuando no es posible inscribir inmediatamente dicho acto¹⁰³. Así lo establece el artículo 255 R.R.c.: <<Si el matrimonio se ha celebrado en las oficinas del propio Registro, como resultado del expediente previo, el acta del matrimonio será la propia inscripción>>.

En relación con el reconocimiento de hijos, la reforma de 1986 del Reglamento del Registro civil ha introducido una norma específica en el artículo 254 para el supuesto de que se reconozca en el acta matrimonial, acta matrimonial entendida, en nuestra opinión, en sentido amplio, es decir, como inscripción y como acta propiamente dicha. A tenor del precepto, <<Si en el acta civil de celebración los contrayentes reconocen hijos habidos por ellos antes del

¹⁰⁰ En palabras de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 455, "ningún problema planteaba el <<acta civil>> si esta expresión equívoca se entiende, y así debe ser entendida, en el sentido de la que tiene que levantar el encargado ante quien se celebra un matrimonio civil".

¹⁰¹ La inclusión del Alcalde entre las personas competentes para autorizar el matrimonio (art. 51.1º C.c.), y con ello entre las que pueden extender el acta matrimonial, es fruto de la Ley 35/1995, de 23 de diciembre, en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes. Cabe, en principio, pues, efectuar el reconocimiento ante el Alcalde o Concejal que autorice el matrimonio, ya que estas personas son competentes para extender el acta matrimonial, como dispone la directriz segunda, último párrafo, de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de enero de 1995: <<El Alcalde o Concejal, después de cumplidos los requisitos previstos por el artículo 58 del Código Civil, extenderá el acta oportuna con su firma y la de los contrayentes o testigos...>>.

¹⁰² El reconocimiento contenido en esta inscripción es lo que PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 438, llama "reconocimiento documentado en la propia inscripción-acta del matrimonio civil"

¹⁰³ Según Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 90, "el acta se levantará para su posterior inscripción en la Oficina Registral, cuando no sea posible operar ésta inmediatamente de celebrado el matrimonio en los libros registrales".

matrimonio, deberán manifestar los datos de las inscripciones de nacimiento para promover las correspondientes notas marginales>>.

El supuesto normal para el que está pensado el artículo 186, párrafo primero, R.R.c., que se deduce de su tenor literal (<<acta civil del matrimonio de los padres>>), es el reconocimiento de un hijo común de ambos contrayentes¹⁰⁴, más concretamente, como parece desprenderse del artículo 254 R.R.c., el reconocimiento conjunto de un hijo común. No obstante, esta interpretación del artículo 254 no es la única, pues igual que el precepto emplea el plural para referirse a los hijos, como si fuesen varios los que hubiera que reconocer, puede emplear el plural refiriéndose a los contrayentes en el sentido de que el hijo de cualquiera de ellos puede ser reconocido en el acta del matrimonio. Esta posible interpretación nos introduce en la siguiente pregunta. ¿Es válido el reconocimiento en el acta civil de matrimonio del hijo de uno solo de los contrayentes?

En nuestra opinión, no hay razones suficientes para excluir esta forma de reconocimiento. Primero, porque la lista que señala el artículo 186 R.R.c. es, como hemos mantenido y mantiene la mayoría de la doctrina, meramente ejemplificativa, y si bien se menciona solamente <<el acta civil del matrimonio de los padres>>, no deja de ser documento público el acta civil del matrimonio del padre reconocedor con persona distinta del otro progenitor: si se incluye en el artículo 120.1º C.c. cualquier documento público, este acta

¹⁰⁴ En opinión de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 454, "el empleo del plural denota (...) que debe tratarse de un reconocimiento conjunto, o al menos del reconocimiento de un hijo de ambos (si el hijo había sido ya reconocido por el marido o por la mujer). Sería absurdo que el acta que formaliza el matrimonio, por muy documento público que sea, pudiera servir para reconocer al hijo que uno de los contrayentes ha tenido con un tercero. Nos encontramos ante una variante formal del reconocimiento de aplicación específica al supuesto que hoy regula el artículo 119 del Código civil" En el mismo sentido se pronuncia BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 389, para quien no basta "el acta civil del matrimonio de cualquiera de los progenitores, sino solamente el acta del matrimonio celebrado entre ellos (de los padres, dice el art. 185 R.R.C.)"

matrimonial participa de dicha naturaleza¹⁰⁵. En segundo lugar, porque el artículo 254 R.R.c., aun interpretándolo en el primer sentido enunciado, no excluye la posibilidad de otro tipo de reconocimiento que no sea el conjunto de ambos contrayentes. Si los contrayentes reconocen a un hijo común habido con anterioridad al matrimonio, se aplicará lo establecido por dicho precepto, que sólo pretende, sin ánimo de delimitar supuestos, posibilitar la inscripción del reconocimiento de filiación en el Registro correspondiente, para que coincidan la verdad registral sobre el estado civil con la realidad. Si no es así, es decir, si sólo reconoce uno de los contrayentes al hijo habido con otra persona, simplemente se aplicarán las reglas generales: habrá un reconocimiento en documento público que podrá inscribirse en el Registro civil correspondiente. De todas formas, a nuestro entender la redacción del artículo 254 R.R.c. permite englobar en su supuesto de hecho todas las variantes posibles de reconocimiento en el acta de matrimonio, siendo, por lo demás, muy aconsejable atenerse a la regla que establece para que en todo caso coincidan realidad y Registro.

En consecuencia, consideramos que en acta matrimonial puede reconocerse conjunta o individualmente a un hijo común de los contrayentes o a un hijo de uno solo de ellos, existiendo en todo caso reconocimiento en documento público¹⁰⁶, válido para determinar

¹⁰⁵ Como no tiene por menos que reconocer DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 455, a pesar de interpretar restrictivamente la expresión <<otro documento público>>: "mas a favor de la validez puede alegarse que, después de todo, se trata de un reconocimiento efectuado en documento público y, por tanto, amparado por el artículo 120.1 del Código civil"

¹⁰⁶ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 455, parece que sólo lo admite si el Registro donde se celebra el matrimonio es el mismo donde está inscrito el nacimiento, pero en realidad en este caso estaremos más bien ante un reconocimiento efectuado ante el Encargado del Registro y no ante un reconocimiento en documento público. Este autor expone así su razonamiento: "de prosperar esta tesis, el artículo 185 del Reglamento implicaría sólo la obligación del encargado de no hacer constar el reconocimiento en el acta, aunque podría admitirlo al amparo del artículo 49 de la Ley registral que, como sabemos, autoriza el reconocimiento hecho en cualquier tiempo ante el propio encargado. El reconocimiento se haría constar por nota al margen de la inscripción de nacimiento, en el supuesto de que tal inscripción se haya extendido en el mismo Registro. De no ser así, el reconocimiento tendría que formalizarse ante el encargado competente". No compartimos esta tesis, porque siempre que se celebre el matrimonio en el Registro Civil estaríamos ante un reconocimiento ante el Encargado, debiendo aplicar el párrafo segundo del artículo 186 del Reglamento que si no fuese competente.

legalmente la filiación en base al artículo 120.1º C.c. El interés del hijo aconseja esta interpretación, y si el otro contrayente no opone reparos, no se entiende que haya de oponerlos el funcionario que autoriza el matrimonio.

3. Expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo.

El reconocimiento puede efectuarse también en el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo (art. 186, párrafo 1º, R.R.c.). Este reconocimiento puede considerarse, más que como reconocimiento en documento público, reconocimiento ante el Encargado del Registro¹⁰⁷, ya que el expediente en el que se practica se lleva a cabo por este Encargado. El progenitor, a la vez que pretende inscribir el nacimiento de su hijo, lo reconoce¹⁰⁸.

Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando se produce un reconocimiento en un expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, su tratamiento debe ser el mismo que el de cualquier otro reconocimiento, sin que deban cumplirse los trámites previstos para dicho expediente en lo que a la filiación se refiere¹⁰⁹.

¹⁰⁷ En este sentido se pronuncia DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 456, para quien "nos encontramos ante una modalidad especial del reconocimiento otorgado ante el encargado del Registro. Como quiera que esta forma de reconocer puede hacerse en cualquier tiempo, según el artículo 49 de la Ley, no parece que hubiese sido necesario contemplar especialmente esta hipótesis. Quizá se hizo una referencia explícita a la misma para desvanecer, como indica PERE RALUY, las dudas que se habían planteado sobre esta forma de reconocer". No obstante, la Dirección General de los Registros mantiene la terminología del art. 186, párrafo 1º, R.R.c., y considera este reconocimiento en expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo como reconocimiento en documento público. Así, la Resolución de 6 de febrero de 1993 (RJA 1993, 1325). En el fondo, llamarlo de una manera u otra es sólo eso, una cuestión terminológica, pues en nada afecta a la validez o eficacia del reconocimiento.

¹⁰⁸ Supuesto que contempla, en materia de apellidos, la Circular de 29 de octubre de 1980 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su regla 10, letra d), que ha de adaptarse al nuevo régimen de filiación.

¹⁰⁹ En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de febrero de 1993 (*cit. supra* nota 107) y las citadas por ella. Mantiene el Centro Directivo, en el Fundamento de Derecho 2º, que "cuando en un expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento sobreviene un reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial del nacido, la validez y eficacia de este reconocimiento, otorgado en documento público suficiente (cfr. arts. 120.1º C.C.; 49, I, L.R.C. y 186 R.R.C.), no queda subordinada a los trámites previstos para el expediente de inscripción fuera de plazo, sino que, del mismo modo que sucede con cualquier

4. Capitulaciones matrimoniales.

El artículo 186, párrafo primero, R.R.c. menciona a continuación como documento apto para reconocer las capitulaciones matrimoniales. A tenor del artículo 1.327 C.c., éstas habrán de constar en escritura pública para ser válidas. Por tanto, un reconocimiento en capitulaciones matrimoniales es un reconocimiento en escritura pública, supuesto ya previsto por el precepto registral que estudiamos¹¹⁰. La referencia, pues, a las capitulaciones matrimoniales como documento apto para efectuar un reconocimiento parece redundante.

No obstante, puede pensarse que esta escritura de capitulaciones matrimoniales es específica, en el sentido de que su contenido está limitado por el artículo 1.325 C.c. Según este precepto, <<en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo>>. Como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, hay en esta norma un concepto estricto de capitulaciones matrimoniales, referido a la regulación del régimen económico del matrimonio, y un concepto amplio que "el artículo 1.325 presupone al señalar en su inciso final que en capitulaciones pueden adaptarse <<otras disposiciones>> por razón del matrimonio"¹¹¹. Sería dentro de este concepto amplio de capitulaciones matrimoniales donde cabría encajar el reconocimiento de un hijo, considerándolo como posible contenido de una de estas disposiciones <<por razón del matrimonio>>. Ahora bien, ¿el reconocimiento de filiación puede ser considerado como una disposición por razón del matrimonio que va a

otro reconocimiento formal, éste será válido y eficaz si se han cumplido los requisitos sustantivos exigidos"

¹¹⁰ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 917, nota 16, considera igualmente que conforme a la actual redacción del art. 1.327 "pierde sentido la especial referencia que a las mismas hace el art. 185-I R.R.C." Hay que recordar que antes de la reforma del Código, el art. 1.324 preveía la posibilidad de otorgar las capitulaciones matrimoniales ante el secretario del Ayuntamiento, lo que podía plantear problemas.

¹¹¹ *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 162.

celebrarse?

Aun admitiendo que sólo entraría dentro del supuesto de hecho el reconocimiento de un hijo común de los futuros contrayentes¹¹², es dudoso entender que ese reconocimiento se hace <<por razón del matrimonio>>. Desde luego, una vez celebrado el matrimonio, el hijo reconocido pasará a ser matrimonial, pero esto es un efecto de dicho matrimonio que en nada afecta al reconocimiento. El reconocimiento es un acto autónomo, independiente del matrimonio. Y lo mismo cabe decir si el hijo se reconoce después de celebradas las nupcias.

Cabe extraer algunas deducciones de todo lo anterior, en orden a resolver la cuestión que se plantea sobre los hijos que pueden ser reconocidos en capitulaciones matrimoniales¹¹³: ¿sólo hijos comunes de los futuros o ya cónyuges, o también hijos de uno solo de ellos? Si se entiende que el reconocimiento de un hijo común es una disposición <<por razón del matrimonio>>, tratando de armonizar el artículo 1.325 C.c. con el artículo 186 R.R.c., se está excluyendo la posibilidad de que se pueda reconocer en capitulaciones matrimoniales al hijo de uno solo de los otorgantes, que nunca será una disposición <<por razón del matrimonio>> por más ampliamente que interpretemos esta expresión. Por el contrario, si se mantiene que ni siquiera el reconocimiento de un hijo común puede ser considerado disposición <<por razón del matrimonio>>, se concluirá que cualquier reconocimiento puede ser incluido en este

¹¹² Así parece entenderlo DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 456 y 457, apoyado en el razonamiento de que "prescindiendo de profundizar aquí acerca de la distinción entre lo que constituye la capitulación matrimonial propiamente dicha y las disposiciones que aún ni constituyendo pacto capitular, *sensu stricto*, pueden incorporarse a la escritura, lo cierto es que esas disposiciones han de tener su razón en el matrimonio. Así las cosas, la conexión entre lo prescrito por el artículo 185 del Reglamento y el contenido máximo permitido a las capitulaciones *lato sensu* parece llevar a la conclusión de que <<por razón del matrimonio>> sólo es imaginable el reconocimiento de un hijo común de los futuros contrayentes, que será, pues, matrimonial si el matrimonio se celebra, o tendrá tal consideración automáticamente si las capitulaciones se otorgan después de celebrado el matrimonio".

¹¹³ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 456, entiende que "el reconocimiento en capitulaciones matrimoniales (...) suscita la misma cuestión que el reconocimiento documentado en el acta de celebración del matrimonio de los padres. ¿Cabe que en las capitulaciones se reconozca al que sea hijo de uno solo de los cónyuges o únicamente puede utilizarse esta forma de reconocer si se trata de un hijo común?".

documento público, ya que el artículo 186 R.R.c. así lo prevé. Tendríamos que, en sede de reconocimiento, la regla del artículo 1.325 C.c. es inoperante: no tendría sentido que se hubiese mantenido la mención de las capitulaciones matrimoniales en el artículo 186 R.R.c. cuando, según la regla legal sobre su contenido, el reconocimiento de un hijo nunca forma parte de este contenido. Por otra parte, y redundando en la misma idea, si el reconocimiento no es capitulación matrimonial, no le afectan las restricciones que establece el artículo 1.325 C.c.: lo que importa para la validez de este reconocimiento no es que se haya efectuado en capitulaciones matrimoniales, sino en escritura pública.

En conclusión, interpretado desde este punto de vista, da lo mismo que en capitulaciones se reconozca al hijo común de ambos contrayentes o al hijo de uno solo de ellos. El reconocimiento, cualquiera que sea su sujeto pasivo, no es una disposición que se haga <<por razón del matrimonio>>, no forma parte de las capitulaciones matrimoniales, sino que sólo aprovecha la escritura pública en que aquéllas se contienen para darse a conocer. Con esta interpretación no se infringe el artículo 1.325 C.c., porque el reconocimiento en ningún caso puede ser considerado como posible disposición capitular. No se admite su validez porque "el reconocimiento guardaba relación con el matrimonio proyectado y consiguientemente puede hacerse en las capitulaciones que se otorguen en contemplación del mismo"¹¹⁴, sino porque se efectúa en un documento público adecuado o suficiente.

Para acabar con el reconocimiento en capitulaciones matrimoniales, sólo mencionar que aunque el matrimonio no llegue a celebrarse el reconocimiento seguirá siendo válido, porque es irrevocable y porque no le afectan las vicisitudes de aquéllas, a excepción de los defectos

¹¹⁴ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 457. Como admite el propio autor, el reconocimiento no es un pacto capitular, por ello será válido y eficaz aunque el matrimonio no se celebre (aparte, por supuesto, de su naturaleza irrevocable).

de forma de la escritura pública en que se contienen, que podrían llevar a la nulidad del reconocimiento por defecto de forma.

5. Acto de conciliación.

Menciona por último el párrafo primero del artículo 186 R.R.c. el acto de conciliación. No se especifica a qué acto de conciliación se refiere. DE LA CÁMARA es rotundo al afirmar que "el Reglamento contempla la hipótesis de que alguien vaya a entablar una acción de reclamación y en el acto de conciliación previo el demandado reconozca su paternidad o maternidad"¹¹⁵. En nuestra opinión, no hay razón para limitar la posibilidad de que en cualquier acto de conciliación¹¹⁶, aunque no se ventile una acción de filiación, pueda reconocerse la filiación, a pesar de que, indudablemente, el supuesto mencionado por DE LA CÁMARA será el más normal.

El documento público al que se refiere el artículo 186 R.R.c. como <<acto de conciliación>> es el acta que el Secretario debe levantar una vez celebrado el acto, donde ha de documentarse el reconocimiento y adquirir así la forma adecuada para poder determinar la filiación e inscribirse en el Registro civil¹¹⁷.

III RECONOCIMIENTO EN TESTAMENTO

1. Clases de testamento en los que se puede reconocer.

1. Planteamiento de la cuestión.

El tenor literal del artículo 120.1º C.c., <<la filiación no matrimonial quedará

¹¹⁵ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 458.

¹¹⁶ PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 439, señala, sin concretar supuestos, que "parece evidente que, sea cual sea la persona que inste la celebración del acto de conciliación, la declaración de reconocimiento debe formularse en el acto de celebración del juicio y documentarse en la correspondiente acta que será el documento constitutivo del título de reconocimiento".

¹¹⁷ En palabras de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 458, "el reconocimiento deberá documentarse en el acta correspondiente, que será, a su vez, el documento inscribible en el Registro civil"

determinada legalmente (...) por el reconocimiento (...) en testamento o en otro documento público>>, obliga a la doctrina a preguntarse si cualquier forma de testamento es apta para reconocer la filiación o, por el contrario, sólo puede realizarse en testamento abierto notarial, única forma testamentaria que desde su otorgamiento es documento público¹¹⁸. No hay ninguna duda sobre la naturaleza privada del testamento ológrafo en el momento de su confección, y en cuanto al cerrado, a pesar de otorgarse ante Notario, no sería documento público, a efectos del reconocimiento, *ab initio*. Como dice DE LA CÁMARA, "el testamento cerrado, otorgado ante Notario, es documento público en cuanto acredita el hecho de que el testamento ha sido otorgado, pero no en cuanto al contenido de la disposición testamentaria; el Notario no puede dar fe de la autenticidad de la declaración que el testamento contiene, pues tal declaración no se ha hecho ante él"¹¹⁹.

La opinión mayoritaria defiende la primera opción¹²⁰, mientras que Díez-Picazo y

¹¹⁸ Son trasladables la pregunta y las argumentaciones que siguen al Derecho navarro, pues la Ley 69 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra establece, como el Código civil, que <<el reconocimiento deberá hacerse por declaración ante el encargado del Registro Civil o en testamento u otro documento público>>. Es distinta, por el contrario, la redacción del art. 4 de la Ley 7/1991, de 27 de abril, sobre la filiación en Cataluña, que en su número 1, letra a), habla del reconocimiento <<en testamento, en documento público o ante el encargado del Registro Civil>>. Para el Derecho navarro, indica BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 111, que "habría sido deseable que, junto al reconocimiento en testamento, se hubiese incluido expresamente el reconocimiento en codicilo o en memoria testamentaria, o incluir todos esos supuestos, bajo una referencia genérica al reconocimiento en acto mortis causa, de acuerdo con la Ley 209". A pesar de la falta de referencia expresa, entiende el autor que debe extenderse el término testamento al codicilo y a la memoria testamentaria "por el tenor de esa Ley 209, junto con lo previsto sobre el concepto, forma y contenido de dichos actos mortis causa (Leyes 194 a 197)", y por "la ordenación sistemática de la Compilación, que se ocupa de la regulación de aquéllos dentro del Título V, del Libro II, cuyo epígrafe es "Del testamento y sus formas"". En el mismo sentido, añade SANCHEZ REBULLIDA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 328, que "en efecto, ni los codicilos ni las memorias tienen sustantividad institucional ni eficacia al margen de un testamento al que adicionan algo, modifican sus disposiciones (ley 194), rectifican o complementan (ley 196)"

¹¹⁹ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 444.

¹²⁰ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ed. Bosch, 1996, pág. 237; DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 446; PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916; RIVERO, en *Elementos de Derecho civil*, IV, ob. cit., pág. 124; SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*, IV, ob. cit., pág. 660; CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ed. Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 169. En cuanto al Derecho italiano, señala FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 161, afirmando que es opinión pacífica en la doctrina,

GULLÓN¹²¹ señalan que la expresión del precepto es favorable a una interpretación estricta del mismo¹²². Ha profundizado en el estudio de esta segunda interpretación minoritaria BLASCO GASCÓ¹²³, señalando que "parece claro que del art. 120-1 C.C. deriva la exigencia de otorgar el reconocimiento en documento público, y solamente el testamento abierto notarial consta en un documento de dicha naturaleza. Además, permitir el reconocimiento en testamento cerrado, ológrafo o en cualquier testamento especial significaría dejar, de alguna manera, que los efectos del reconocimiento se produzcan a voluntad del testador, cuando no (en concretos supuestos) de determinados herederos (a pesar de la irrevocabilidad del reconocimiento de hijo ex art. 741 C.C., el testador podría alcanzar la misma finalidad no permitida destruyendo el testamento ológrafo o rasgando los sellos del testamento cerrado; o bien los herederos, que también lo sean *ab intestato*, ocultando el testamento, impidiendo su

que "il riconoscimento può essere anche contenuto in un testamento, sia questo pubblico, olografo o segreto". También PINO, *Il diritto di famiglia*, ed. Cedam, Padova, 1977, pág. 174, entiende que cabe incluso el testamento ológrafo. En cambio, para el Derecho francés, que exige igualmente acto auténtico para la validez del reconocimiento (art. 335 Code civil), sostienen CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, ob. cit., pág. 278, nota 14, que "ne satisfait pas aux exigences de l'art. 335, un testament olographe déposé chez un notaire, par lequel le testateur a souscrit une reconnaissance de paternité ne satisfait pas aux exigences de l'art. 335, aux termes duquel la reconnaissance doit être faite par acte authentique", citando la jurisprudencia que así lo entiende.

¹²¹ *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 264.

¹²² Así lo entiende igualmente GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código civil", en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 1993, pág. 227, para quien "el Código contrapone el testamento a otro documento público, con lo que implícitamente está indicando que el testamento ha de ser notarial". GÓMEZ-FERRER, "Reconocimiento de hijos naturales en testamento", en *Revista de Derecho Notarial*, 1968, pág. 112, que también interpretaba el precepto estrictamente antes de la reforma de 1981, entre las razones que aportaba para considerar incluido en el antiguo art. 131 (hoy art. 120.1º) del Código civil sólo el testamento abierto ante Notario, estaban la especial redacción del precepto y la eficacia inmediata del reconocimiento (difícilmente conseguible si el testamento no es el notarial abierto). PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916, recoge otro argumento posterior de GÓMEZ-FERRER, según el cual el art. 120.1º C.c. sólo contempla el testamento notarial abierto porque ni "el ológrafo ni el cerrado son [documentos] públicos, aun cuando las actas de protocolización lo sean, porque la manifestación del testador no está rodeada de las garantías que le ofrecen la declaración ante el Encargado del Registro Civil, o ante fedatario público o funcionario competente"

¹²³ *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 388. Comienza el autor tomando posición por la necesidad de que el reconocimiento conste en escritura pública, es decir, en testamento abierto notarial, y considera que la dirección doctrinal que entiende que el reconocimiento en testamento abierto produce efectos desde que se otorga y el contenido en otro tipo de testamento sólo desde la muerte del causante, "no está exenta de grandes y sólidas dudas"

protocolización, etc). De ello no debe deducirse, como ya hemos indicado, que el reconocimiento otorgado en testamento no documento público sea inválido. Es ineficaz en cuanto tal reconocimiento (es decir, no basta para determinar legalmente la filiación del reconocido), pero puede servir como prueba en el proceso de reclamación oportuno. A lo más, si protocolizado y constatado en escritura pública (y desde ese momento) el testamento no abierto notarial será suficiente por cuanto observa ya el requisito formal del art. 120-1 C.C."

2. Posición personal.

En nuestra opinión, no puede desconocerse, interpretando el precepto objeto de estudio, la conexión que se establece por la Ley entre el testamento y el documento público. La redacción del artículo 120.1º C.c. es clara, y si es verdad que al enunciar la forma testamentaria para reconocer el Código no distingue testamentos¹²⁴, sí lo hace al relacionar el testamento con otra forma de reconocimiento: el documento público. Da la impresión de que el testamento, al mencionarse expresamente, aparece como una "variante cualificada del documento público"¹²⁵. La conclusión que cabe extraer de esta vinculación entre testamento y documento público es que el testamento, como forma válida para reconocer hijos y determinar así legalmente la filiación, ha de ser documento público: sólo el reconocimiento formalizado en testamento-documento público determinará la filiación en virtud del artículo 120.1º C.c. O dicho de otra manera, la forma que exige este precepto para que un reconocimiento testamentario sea válido como título de determinación legal de la filiación es la de documento público.

Entendemos que el Código exige algo más que la solemnidad que otorga al

¹²⁴ Como indica ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 237, y donde la Ley no distingue, no cabe distinguir.

¹²⁵ La expresión es de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 445, al exponer los argumentos favorables a una interpretación estricta de la cuestión.

reconocimiento cualquier forma testamentaria¹²⁶. Exige autenticidad¹²⁷ además de solemnidad, como se deduce de la vinculación que debe establecerse entre las distintas formas admitidas taxativamente para que el reconocimiento determine la filiación: el reconocimiento ante el Encargado del Registro y el reconocimiento en documento público, que determinan la filiación, son actos auténticos, por lo que también el reconocimiento en testamento, si de lo que se trata es precisamente de que determine la filiación, debe ser un acto auténtico¹²⁸. Esta forma auténtica sólo la alcanza el acto con la intervención de Notario o de autoridad competente. En el mismo sentido se pronuncia PEÑA, para quien "en tanto el testamento no adquiera autenticidad, o si por caducidad u otra causa no llega a adquirirla nunca, el reconocimiento no es título de determinación legal aunque tenga, a otros efectos, el valor de un reconocimiento en documento privado (cf. arts.120.2º y 135 C.c. y 49.1ª L.R.c.)"¹²⁹.

¿Cuándo tienen los testamentos esta forma auténtica? El testamento notarial abierto, desde el momento en que se otorga, y el resto de los testamentos, una vez fallecido el disponente, cuando se protocolizan. Justamente con la protocolización de los testamentos que la requieran para ser eficaces (todos menos el notarial abierto) se trata de asegurar su

¹²⁶ Nos dice RODRÍGUEZ ADRADOS, "El documento en el Código civil", en *Revista de Derecho Notarial*, tomo 143, 1989, pág. 322, que "todas las formas de testar admitidas por el Código civil son solemnes; sus formalidades podrán ser públicas o privadas, mayores o menores, pero, en todo caso, el testamento es en el Código civil un negocio solemne".

¹²⁷ CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, ob. cit., pág. 278, argumentan que el acto auténtico permite la conservación de su prueba al mismo tiempo que la presencia de un "officier public" garantiza la libertad del autor del reconocimiento.

¹²⁸ Aunque la Ley catalana de filiaciones no relacione expresamente, como el Código civil o la Compilación navarra, el testamento con el documento público, la relación existe, pues se equiparan en cuanto a la finalidad perseguida, la determinación de la filiación en virtud de un reconocimiento, las tres formas previstas para reconocer. Un reconocimiento contenido en testamento que sea documento privado no puede determinar la filiación, pues en ese caso se privaría de toda relevancia la mención del documento público, que excluye por tanto el privado. Ello nos lleva a sostener que también en Cataluña en el testamento debe concurrir la naturaleza pública para que el reconocimiento en él contenido pueda determinar la filiación.

¹²⁹ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916.

autenticidad. Tal como señala DE LA CÁMARA, cualquier testamento que no sea el notarial abierto "no goza de las garantías mínimas de autenticidad hasta que se protocoliza, previas las garantías judiciales que procedan y que tienen por fin, precisamente, constatar aquella autenticidad"¹³⁰. En conclusión, una vez autenticados, los testamentos que contengan un reconocimiento de hijo tendrán la forma exigida por el artículo 120.1º C.c. para que la filiación quede legalmente determinada.

De todo lo anterior se deduce que cualquier testamento, común o especial, público o privado, puede contener válidamente un reconocimiento, pero sólo podrá determinar legalmente la filiación dicho reconocimiento cuando el testamento sea a su vez documento público. El reconocimiento formal regulado en el artículo 120.1º C.c. exige que el testamento en que se contenga sea documento público, pues no tiene otra explicación la expresión <<en testamento o en otro documento público>>, y porque, aunque no existiese tal vinculación expresa entre el testamento y el documento público, la forma testamentaria apta para que el reconocimiento determine la filiación debe integrarse con las otras dos formas aptas para que el reconocimiento cumpla con dicha finalidad, formas que en todo caso dotan de autenticidad al reconocimiento. Partiendo de esta premisa, no hay razón para restringir el ámbito de aplicación de esta regla y admitir sólo como medio apto para determinar la filiación el reconocimiento contenido en un testamento que ya *ab initio* es documento público, pues con esta interpretación se estaría perjudicando al hijo y su derecho a que quede determinada su filiación¹³¹. También es documento público cualquier otro testamento que se haya

¹³⁰ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 446.

¹³¹ A juicio de ALBALADEJO, "De la revocación e ineficacia de los testamentos", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo IX, Vol. 2º, Artículos 706 a 743 del Código Civil, ed. Edersa, 1983, pág. 423, debe rechazarse una interpretación restrictiva del art. 120.1º por ser más perjudicial para el hijo.

protocolizado tras la muerte del otorgante¹³². La no presencia de fedatario público en el momento del otorgamiento del testamento no es razón para dudar de la autenticidad del reconocimiento en él contenido una vez que se ha protocolizado, pues igual que el ordenamiento jurídico confía en la autenticidad del testamento cumplida esa formalidad, se ha de confiar en la autenticidad del reconocimiento que lo integra.

Así pues, sin tener en cuenta la conflictiva eficacia del reconocimiento testamentario¹³³, vemos que la solución a la pregunta planteada al principio de este epígrafe pasa por un cuestión de forma: la forma adecuada para determinar la filiación en virtud de un reconocimiento es la de documento público. Si el testamento que contiene un reconocimiento es documento público desde que se otorga, desde ese mismo momento tendrá la forma exigida para que el reconocimiento determine la filiación (sin que esto implique que ya en vida del testador tenga eficacia su reconocimiento, pues además de la forma hay que estudiar si la naturaleza testamentaria del acto en que se contiene influye en su eficacia). Si, por el contrario, el reconocimiento se contiene en un testamento que no tiene la consideración de documento público hasta su protocolización, nos encontramos con una doble situación del

¹³² Como dice DURÁN RIVACOBIA, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 161, "el testamento, en su origen o en su protocolización, está llamado a ser documento público tarde o temprano; el problema no estriba en su formalidad, sino en la eficacia y alcance del reconocimiento testamentario según conste o no en cada instante por documento público, y con aquello a que se pretenda su valor mortis causa o inter vivos".

¹³³ BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", en *Revista de Derecho Privado*, tomo 49, 1965, pág. 199, se basa en la eficacia *inter vivos* del reconocimiento testamentario para aplicar el régimen del art. 131 (hoy art. 120) C.c. sólo a los testamentos públicos otorgados ante Notario. El resto de los testamentos podrán contener reconocimientos que, antes del fallecimiento del testador, sólo tendrán efectividad como escrito indubitado a los efectos del art. 135. Aunque coincidimos con el citado autor en cuanto a la única eficacia *post mortem* de los reconocimientos contenidos en testamentos privados o secretos, lo que conlleva admitir que tales reconocimientos pueden determinar la filiación y, por tanto, se incluyen en el art. 120.1º C.c., no creemos que deba partirse de la eficacia del reconocimiento testamentario para solucionar el problema de las formas de testamento aptas para recoger dichos reconocimientos, entre otras razones porque la premisa de la que se parte, la eficacia *inter vivos* del reconocimiento en testamento, es discutida. Como también mantiene CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 169, una cuestión es el tipo de testamento en que puede incluirse el reconocimiento de un hijo y otra, distinta e independiente, cuándo será eficaz ese reconocimiento.

reconocimiento que conlleva una doble función del acto.

Primera: desde el otorgamiento del testamento hasta su protocolización no podemos hablar de reconocimiento contenido en testamento en el sentido del artículo 120.1º C.c., es decir, como título de determinación legal de la filiación, pues no ha alcanzado la forma exigida por dicho artículo para el reconocimiento en testamento. Podrá servir, eso sí, como reconocimiento a los efectos del artículo 135 C.c., para que se determine judicialmente la filiación, o a los efectos de los artículos 120.2º C.c. y 49 L.R.c., para determinarla en virtud de resolución recaída en expediente registral.

Este reconocimiento, aunque de momento no tenga la forma adecuada para determinar la filiación, es ya irrevocable¹³⁴. Aunque se ha sostenido que la irrevocabilidad establecida por el artículo 741 C.c. falla, en caso de destrucción, cuando el testamento es secreto¹³⁵, no lo creemos así. La regla de la irrevocabilidad del artículo 741 C.c. no queda cuestionada en estos casos, pues si, por la destrucción del testamento, se impide averiguar la existencia del

¹³⁴ No se puede calificar de reconocimiento testamentario el contenido en estos testamentos que no son el notarial abierto a los efectos de determinar la filiación no matrimonial por reconocimiento, pero ello no implica negar la realidad de su existencia: nos encontramos ante un reconocimiento que se ha practicado en un testamento. Y éste es precisamente el supuesto de hecho de la norma, contenida en el art. 741 C.c., que establece la irrevocabilidad del reconocimiento contenido en testamento: el reconocimiento de un hijo en testamento, sin más calificativos. Cualquier reconocimiento que se contenga en testamento, sin distinguir formas porque el art. 741 no distingue, es irrevocable aunque se revoque el testamento en que se hizo. El artículo 120.1º C.c. delimita los supuestos de reconocimiento testamentario que pueden determinar la filiación, pero el art. 741 es aplicable a todos los reconocimientos contenidos en testamento en cuanto a su irrevocabilidad. En este sentido, ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 423, expresamente sostiene que el reconocimiento que no determine legalmente la filiación es también irrevocable, es decir, el art. 741 C.c. es aplicable tanto al reconocimiento propiamente dicho como al reconocimiento que vale como simple prueba de la filiación.

¹³⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 199, sostiene que "en todos los supuestos en que el testamento sea secreto, cual sucede con el ológrafo y cerrado en sus diversas formas, falla la nota de irrevocabilidad típica del reconocimiento hecho en acto testamentario del art. 741 del Código, puesto que a causa del desconocimiento que existe con respecto de su contenido el testador puede impunemente revocarlo, con la simple revocación -en casos basta la simple destrucción material del documento en que consta- del testamento en que está contenido". Y con anterioridad, NOVOA SEOANE, "El testamento como ley de sucesión y como disposición de voluntad en otros aspectos. El reconocimiento de hijos naturales en testamento", en *Revista de Derecho Privado*, 1915, pág. 297, ya entendió que si el reconocimiento consta en testamento cerrado y el testador lo rompe o inutiliza, no puede ser aplicada la doctrina del artículo 741 C.c., al no quedar rastro del contenido testamentario por esa revocación típica.

reconocimiento, nos encontraremos ante una situación fáctica frente a la que nada puede hacer el Derecho¹³⁶, y si a pesar de la revocación real del testamento (cfr. art. 742 C.c.) se pudiera salvar el reconocimiento, se le aplicaría la regla de la irrevocabilidad igualmente¹³⁷.

Segunda: una vez que se ha protocolizado el testamento, el reconocimiento que contiene ya sí tiene la forma prevista en el artículo 120.1º C.c. de documento público, y es entonces cuando podemos hablar de reconocimiento en testamento para hacer derivar de esta calificación las consecuencias oportunas en orden a la determinación legal de la filiación por reconocimiento¹³⁸.

La solución que se mantiene en el presente trabajo, a saber, se puede reconocer en cualquier clase de testamento, pero ese reconocimiento sólo determinará la filiación cuando el testamento sea documento público, se adecúa perfectamente a la letra de la Ley y respeta

¹³⁶ Como ha señalado MARTÍNEZ CALCERRADA, "El testamento y su pretendida patrimonialidad", en *Revista de Derecho Privado*, 1966, pág. 472, saliendo al paso de los que mantienen que falla la nota de la irrevocabilidad del reconocimiento en los testamentos que no son públicos o notariales, "ante lo oculto nada puede hacer la Ley"

¹³⁷ Diversos autores se han pronunciado sobre esta cuestión. Así, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 660, señala que la imposibilidad material que impida averiguar la existencia del reconocimiento por destrucción del testamento no obsta a la aplicación del art. 741 a la revocación real del art. 742. Por su parte, ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 426, sostiene que "la irrevocabilidad del reconocimiento vale también aunque la revocación del testamento sea real. Unicamente si ésta lo destruye y no deja rastro de él o le priva de requisitos de autenticidad, le hará ineficaz por eso". Por último, a juicio de LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 286, la irrevocabilidad del reconocimiento se extiende a cualquier tipo de testamento y a cualquier clase de revocación, "incluso a la real, siempre que se pueda comprobar la existencia del reconocimiento y su autenticidad". De la doctrina italiana, recogemos la opinión de FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 161, quien partiendo de que el reconocimiento contenido en testamento, como cualquier otro, es irrevocable, incluso aunque se revoque el testamento, señala que "nel caso di distruzione del testamento olografo (art. 684 c. c.), perciò, il riconoscimento sarà comunque valido indipendentemente dalla prova che il testatore non ebbe intenzione di revocare l'atto. Dovrà invece essere dimostrata l'esistenza del testamento e del riconoscimento in esso contenuto"

¹³⁸ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916, también sostiene que el reconocimiento contenido en este tipo de testamentos no es título de determinación legal de la filiación hasta que no se han protocolizado, y antes sólo sirve a los efectos señalados en el texto.

las exigencias de autenticidad que caracterizan el reconocimiento como título de determinación legal de la filiación. Las tres formas de reconocimiento reguladas por el artículo 120.1º C.c., ante el Encargado del Registro, en testamento y en documento público, que en realidad se reducen a dos, ante el Encargado y en documento público, deben ser auténticas. El reconocimiento sólo determinará la filiación si la autoridad competente (ya sea el Encargado del Registro, el Notario, el Juez o el funcionario de que se trate) da fe, si no de la realidad, sí de la autenticidad de ese acto. Y, como señala PEÑA¹³⁹, todo título de determinación legal de la filiación, al ser eficaz *erga omnes*, ha de ser auténtico.

3. Problemática del testamento ológrafo con un reconocimiento como único contenido.

Por último, cabe analizar un problema que puede plantearse en relación al reconocimiento contenido en testamento ológrafo. Hemos dicho que este reconocimiento determinará la filiación una vez que se haya protocolizado el testamento. Pero, ¿cómo saber si es un testamento el escrito autógrafo que reúna todos los requisitos del artículo 688 C.c. y contenga sólo un reconocimiento de hijo?¹⁴⁰ Podría ser una mera declaración *inter vivos* que no valdría como reconocimiento, título de determinación legal de la filiación, al no estar contenido en documento público¹⁴¹, y al no ser testamento no cabría acudir a la protocolización del documento tras el fallecimiento de su autor.

A juicio de DE LA CÁMARA, "sostener que existe en ese caso un reconocimiento testamentario, apto para determinar la filiación, supondría conceder eficacia directa a un reconocimiento hecho en documento privado, lo que, sin duda, es contrario a la letra y al

¹³⁹ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916.

¹⁴⁰ Actualmente no admite dudas la validez del testamento que contenga únicamente un reconocimiento de hijo, por aplicación del art. 741 C.c.

¹⁴¹ Como indica FINOCCHIARO, *Riforma del Diritto di Famiglia*, Tomo II, Milán, pág. 242.

espíritu del artículo 120,1, del Código civil"¹⁴² En realidad, nunca se le daría eficacia directa a un documento privado, pues, según la interpretación que sostenemos, el reconocimiento sólo determinará la filiación si el testamento, *ab initio* documento privado, adquiere con posterioridad la consideración de documento público. Si el escrito autógrafo que contiene únicamente un reconocimiento se considerase testamento ológrafo, debería protocolizarse para determinar legalmente la filiación. El problema, por tanto, es saber si estamos en presencia de un testamento o de un acto *inter vivos*, ya que en el primer caso cabría la protocolización y en el segundo no.

¿Qué es lo que individualiza al negocio jurídico testamentario? A nuestro entender, la intención de disponer algo (ya sea patrimonial o no patrimonial) para después de la muerte de su autor. Por tanto, esta intención debe plasmarse en el escrito autógrafo que contiene un reconocimiento para considerarlo como testamento ológrafo. Como el reconocimiento es el único contenido del acto, el autor ha de tener la intención de reconocer para después de su muerte, ha querido reconocer para ese momento¹⁴³. DE LA CÁMARA opina que este "reconocimiento nudo" contenido en un testamento ológrafo sería un reconocimiento condicionado o sujeto a término suspensivo, modalidades que no admite por su naturaleza de acto puro, por lo que podría considerarse válido el reconocimiento teniendo por no puesta la condición o el término. Este razonamiento, sin embargo, no parece muy convincente: la muerte aparece como el suceso futuro del que se hace depender la eficacia del reconocimiento (se

¹⁴² *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 451. CARRESI, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940, pág. 93, ya había señalado en la doctrina italiana el problema de que un reconocimiento contenido en un documento privado, escrito de puño y letra por su autor, pero sin reunir los requisitos del testamento, pudiera determinar la filiación.

¹⁴³ Así se expresa DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 451, para quien en el caso de un "reconocimiento testamentario nudo", "sólo podrá defenderse que existe reconocimiento testamentario, y aun así con muy buena voluntad, si del contexto del documento resulta muy claramente que el otorgante ha querido reconocer para después de su muerte"

reconoce para después de la muerte del autor del documento), y es precisamente el sometimiento a ese término lo que permite identificar el acto como testamento. Si tenemos por no puesto dicho término tampoco tendremos testamento ológrafo, sólo un mero documento privado que no cumple los requisitos formales exigidos para que el reconocimiento determine la filiación. Creemos que no es lógico exigir y tener en cuenta la intención de testar para que haya testamento, y luego considerar irrelevante para el reconocimiento el sometimiento a término que conlleva dicha intención de testar¹⁴⁴.

La intención de testar en el documento escrito de puño y letra por el reconocedor permitirá, por tanto, calificar el acto de testamento, siempre que se cumplan, por supuesto, las exigencias previstas en el artículo 688 C.c., y el término inicial a la eficacia del reconocimiento que conlleva dicha intención de testar en nada desmerece la naturaleza pura del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación, pues en el momento en que se impone el citado término el reconocimiento no reúne la forma adecuada para servir de título de determinación legal de la filiación. La voluntad del progenitor que reconoce no contraría la eficacia *ex lege* del reconocimiento, que en todo caso, por razones formales, será posterior al fallecimiento del testador.

Antes de este evento, el reconocimiento, único contenido de un testamento ológrafo, funciona como mera declaración de la paternidad o de la maternidad, como circunstancia (art. 49.1ª R.R.c.) o prueba (art. 135 C.c.) a tener en cuenta en el expediente registral o

¹⁴⁴ Aunque DE LA CÁMARA hace esta afirmación refiriéndose sólo al reconocimiento nudo contenido en testamento ológrafo, podría trasladarse al reconocimiento nudo contenido en cualquier tipo de testamento. La intención de testar, de disponer para después de la muerte, parece que es un elemento esencial que siempre debe darse para considerar un acto como testamento. Por lo tanto, si se reconoce en un testamento notarial abierto, o en cualquier otro, y éste no contiene ninguna otra cláusula, siempre se deberá querer reconocer para después de la muerte del otorgante. Aplicando a estos casos la afirmación de DE LA CÁMARA, resultaría que todo reconocimiento nudo contenido en testamento estaría sometido a término, y habría que tenerlo por no puesto al contradecir la naturaleza pura del reconocimiento. Como éste no es su lugar de estudio, dejamos la cuestión abierta para analizarla en el epígrafe dedicado a la eficacia del reconocimiento testamentario, donde se trata la relación entre intención de testar y naturaleza pura del reconocimiento.

procedimiento judicial, si se inician, que pueden conducir también a la determinación de la filiación, por resolución (art. 120.2º C.c.) o por sentencia (art. 120.3º C.c.), respectivamente. En estos casos, el sometimiento a término del reconocimiento, la intención de reconocer para después de la muerte del testador, no se toma en consideración, pues no se valora el reconocimiento como declaración de voluntad, tendente a que se determine la filiación en su virtud, sino como mera declaración del hecho de la paternidad o de la maternidad. Habría que matizar que la función que cumple el reconocimiento en uno y otro caso es en alguna medida distinta: si sirve como prueba a los efectos de determinar judicialmente la filiación, sólo se valora lo que de confesión tiene el reconocimiento, sin que la voluntad de aplazar la determinación de la filiación hasta el fallecimiento del progenitor haga dudar de la veracidad de la afirmación; si se emplea como circunstancia en la que basar la resolución recaída en expediente registral, debe darse, no una voluntad o propósito de determinar la filiación por medio del reconocimiento, pero sí una voluntad de reconocer, voluntad a la que en nada afecta tampoco la intención de diferir la determinación de la filiación al momento del fallecimiento del reconocedor.

2. Capacidad para reconocer en testamento.

1. Acumulación de reglas sobre capacidad.

Al analizar esta cuestión hay que tener en cuenta tanto la regla contenida en el artículo 121 C.c., referida a la capacidad para reconocer, como las reglas que se establecen sobre la capacidad para otorgar testamento. El reconocimiento es un acto jurídico para el que la Ley exige una determinada capacidad, y al contenerse en otro acto jurídico que también exige una capacidad determinada para ser válido, parece que deben cumplirse ambos requisitos para poder hablar de reconocimiento testamentario válido.

No creemos que incida en este aspecto la consideración o no del reconocimiento como

disposición testamentaria, pues aunque se mantenga que el reconocimiento contenido en testamento es disposición testamentaria y se deduzca de ello que quien pudiendo testar puede otorgar en testamento cualquier disposición testamentaria, no puede olvidarse la sustantividad propia, con normas al efecto, de esta concreta, en su caso, disposición testamentaria. Aunque le otorguemos la eficacia *post mortem* propia de tales disposiciones, para comprobar si un reconocimiento testamentario se ha realizado con la suficiente capacidad habrá que sumar las exigencias que se establezcan en sede de reconocimiento y en sede de testamento.

Por otra parte, hay base legal para mantener esta doble exigencia: el artículo 121 C.c. no distingue ninguna forma de reconocimiento, por lo tanto se aplica a todo reconocimiento que determine legalmente la filiación, ya se haga ante el Encargado del Registro, en testamento o en otro documento público.

En cuanto a la capacidad para reconocer, el artículo 121 C.c. preceptúa que <<el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>. Se entiende que se recogen dos regímenes distintos sobre capacidad para reconocer: los no incapacitados y los que pueden contraer matrimonio por razón de edad pueden efectuar por sí solos reconocimientos válidos, mientras que los incapaces (léase incapacitados) y los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad tienen capacidad para reconocer con aprobación judicial.

El estudio en profundidad de quiénes son los sujetos que necesitan aprobación judicial para reconocer válidamente se realiza en otro capítulo de la tesis, por lo que aquí nos limitamos a adelantar las conclusiones a las que llegamos. A nuestro entender, los incapaces que menciona el artículo 121 C.c. son los incapacitados por sentencia judicial debido a

enfermedades o deficiencias psíquicas¹⁴⁵, debiendo estar a la sentencia de incapacitación para saber si es necesaria o no la aprobación judicial prevista en el precepto, y los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad son los menores no emancipados, a tenor del artículo 46.1º C.c.¹⁴⁶, si bien esta última afirmación es muy discutida¹⁴⁷.

Por lo que respecta a la capacidad necesaria para testar, el artículo 663 C.c. establece que están incapacitados para testar los menores de catorce años y el que habitual o accidentalmente no se halle en su cabal juicio, precepto que se refiere a todos los testamentos a excepción del ológrafo en cuanto al límite de edad, ya que, según dispone el artículo 688 C.c., se ha de ser mayor de edad para poder utilizar la forma ológrafa para testar.

Conviene resaltar de este régimen, primero, que, por razón de edad, se tiene capacidad para otorgar testamento, con excepción del ológrafo, a partir de los catorce años, y, segundo, que la regla general en materia de capacidad para otorgar testamento no se circunscribe a los incapacitados por sentencia judicial, como se desprende de su literalidad, <<el que habitual o

¹⁴⁵ Los declarados pródigos no están incluidos en supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 121 C.c.

¹⁴⁶ En el capítulo correspondiente expondremos las razones que nos llevan a sostener que también los mayores de catorce años que han obtenido dispensa para casarse (cfr. art. 48 C.c.) necesitan de la aprobación judicial para reconocer.

¹⁴⁷ Básicamente, se mantienen a este respecto tres posiciones doctrinales. Según la primera, el mayor de catorce años puede reconocer sin necesidad de aprobación judicial. Es defendida por DÍEZ DEL CORRAL, "La inscripción de la filiación en el Registro civil", en *Revista de Derecho Notarial*, 1984, pág. 56, entre otras razones, por entender que las únicas personas afectadas por incapacidad absoluta para contraer matrimonio son los menores de catorce años en base al artículo 48 C.c. Esta interpretación no es aceptable, pues en general los menores no emancipados no pueden contraer matrimonio, y sólo si se les dispensa el impedimento de edad podrán casarse los mayores de catorce años. La tesis mayoritaria, como veremos, es la de los que sostienen que el mayor de catorce años que haya obtenido dispensa de edad (cfr. art. 48 C.c.) puede reconocer sin necesidad de aprobación judicial. Por tanto, salvo el supuesto anterior, los menores no emancipados mayores de catorce años necesitan aprobación judicial para la validez de su reconocimiento. Tampoco nos convence por las razones que expondremos en el lugar correspondiente. Una última opinión, que compartimos, es la de DÍAZ ALABART, "La edad mínima para reconocer hijos", en *Revista de Derecho Privado*, 1983, pág. 537, y "El reconocimiento del dispensado de emancipación para casarse necesita ser aprobado judicialmente, si aún no se casó", en *Actualidad Civil*, 1987, nº 5, págs. 281 y ss., según la cual todos los menores de edad no emancipados, hayan obtenido o no dispensa para casarse, necesitan de la aprobación judicial para reconocer.

accidentalmente no se hallare en su cabal juicio>>, por lo que basta un trastorno transitorio para que no pueda otorgarse testamento durante ese estado¹⁴⁸.

La acumulación de reglas sobre capacidad de obrar que es la base de nuestra argumentación, nos lleva, para finalizar este apartado, a las siguientes conclusiones. Para poder reconocer en testamento se requiere ser mayor de catorce años y hallarse en su cabal juicio, pues de lo contrario no sería válido el testamento. En consecuencia, aun admitiendo la posibilidad de reconocer hijos antes de cumplir los catorce años, hasta esa edad no se podría utilizar la forma testamentaria. Y, por supuesto, para reconocer en testamento ológrafo el reconocedor debe ser mayor de edad, pues sólo entonces estaremos ante un acto con la solemnidad exigida para que el reconocimiento en él contenido pueda determinar la filiación: si el testamento ológrafo es nulo por defecto de capacidad, desaparecería la forma que sustenta la aptitud del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación, no habría reconocimiento en testamento a los efectos del artículo 120.1º C.c.¹⁴⁹. Respecto de los incapacitados, habrá que estar a lo que establezca la sentencia de incapacitación sobre capacidad para testar, debiendo acudir, en defecto de pronunciamiento judicial sobre la cuestión, a lo establecido por el artículo 665 C.c.

Relacionando lo anterior con lo establecido por el artículo 121 C.c., mantenemos que, por lo que respecta a la capacidad por razón de edad, sólo el menor emancipado podrá

¹⁴⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 354.

¹⁴⁹ En contra se pronuncia DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 451, nota 205. Si el testamento ológrafo contiene, además del reconocimiento, otras disposiciones *mortis causa*, éste puede ser válido aunque se otorgue por un menor de edad, pues "parece que, dada la autonomía del reconocimiento, la nulidad sólo puede afectar a las disposiciones testamentarias propiamente dichas, y de ser así, el reconocimiento ha de reputarse válido a tenor del art. 741 in fine". Creemos, por el contrario, que al reconocimiento le faltaría, en todo caso, la forma exigida para poder determinar la filiación, pues no habría testamento, sólo un documento privado.

reconocer en testamento sin necesidad de aprobación judicial (si se utiliza la forma ológrafa, tampoco será preceptiva la aprobación judicial al requerirse la mayoría de edad para otorgar el testamento). Cualquier otro menor, mayor de catorce años, haya o no obtenido dispensa para casarse, necesitará la preceptiva aprobación para reconocer válidamente. En cuanto a los incapacitados, será la sentencia de incapacitación la que nos informe sobre su capacidad para testar y, si la tienen, sobre si es exigible o no la aprobación judicial para reconocer.

2. Posibles especialidades de la capacidad para reconocer en testamento.

En principio, el hecho de que se utilice la forma testamentaria para reconocer no debería incidir en el régimen que sobre la capacidad del reconocedor se mantenga, pues el artículo 121 C.c. no se refiere a ninguna forma de reconocimiento en particular. Y si se exige aprobación judicial para reconocer a una determinada edad, esta aprobación judicial debe darse para que el reconocimiento testamentario sea válido, antes de la muerte del testador si se admite que tiene eficacia inmediata o después de su muerte si la tiene *post mortem*¹⁵⁰.

Si el reconocimiento testamentario tiene eficacia *inter vivos*, solución que defendemos en el presente trabajo, ni la forma testamentaria ni el momento de la eficacia del reconocimiento cubren la finalidad y función que cumple la aprobación judicial prevista en el artículo 121 C.c., por lo que no cabe excepcionar la necesidad de dicha aprobación judicial. La finalidad de esta aprobación es la protección de los menores e incapacitados, que por su falta de capacidad de obrar plena necesitan de dicha protección; mientras que su función es el control del suficiente juicio del reconocedor, que en todo caso, a pesar de esa falta de capacidad plena, debe tener el menor o incapacitado para que su reconocimiento sea válido. Sea cual sea la forma elegida para reconocer, siempre que el reconocedor se encuentre en

¹⁵⁰ Así lo entienden PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 910, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 653, y DÍAZ ALABART, "La edad mínima para reconocer hijos", ob. cit., pág. 532.

alguna de las situaciones previstas por la citada norma, caracterizadas por la falta de capacidad de obrar plena, la Ley preceptúa la aprobación judicial del reconocimiento. La necesidad de esta aprobación se fundamenta en esa falta de capacidad de obrar plena del reconocedor, que permanece inalterable ya se reconozca ante el Encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público. Por tanto, las mismas razones que invocaremos para fundamentarla en el capítulo dedicado a la capacidad para reconocer cabe aducirlas aquí.

Si el reconocimiento testamentario tiene eficacia *post mortem*, la aprobación judicial es, si cabe, más necesaria, porque en este caso el reconocimiento será eficaz, determinará la filiación, sin necesidad del consentimiento del representante legal del menor ni de la aprobación judicial, por aplicación del párrafo segundo del artículo 124 C.c. según la interpretación que le ha dado el artículo 188 R.R.c. Si no se exige la aprobación judicial como requisito de validez del reconocimiento ni el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial como requisitos de eficacia, el estado civil de filiación, cuestión de orden público e interés general, quedaría constituido por la sola voluntad de un menor de edad, que perfectamente puede ser un niño de catorce años.

Al margen de la finalidad perseguida por el artículo 121 C.c., que coincidimos con PEÑA¹⁵¹ en que es la protección del menor o incapaz contra sus propias decisiones, no hay que olvidar que se le otorga una capacidad al reconocedor menor de edad limitada, que necesita de la aprobación judicial para completarse. Esta capacidad completa debe tenerla con independencia del momento en que sea eficaz el reconocimiento, pues antes que eficaz el reconocimiento debe ser válido, y la aprobación judicial funciona como requisito de validez. El Juez, con su objetividad, garantiza que el menor obre conscientemente, con suficiente juicio, sin presiones, pues los riesgos de manipulación de la voluntad de un menor son grandes, y

¹⁵¹ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 910.

para evitarlos la Ley exige la aprobación judicial. Por tanto, consideramos imprescindible el requisito de la aprobación judicial para la validez del reconocimiento testamentario, aun después de fallecido el reconocedor, pues en otro caso no se realizaría dicho reconocimiento con la suficiente capacidad y se crearía un estado de filiación por alguien que bien pudiera no tener el suficiente juicio en razón de su edad¹⁵².

En cuanto a los incapacitados comprendidos en el artículo 121 C.c., se pueden hacer las mismas consideraciones. También necesitan sus reconocimientos testamentarios aprobación judicial, aunque tengan eficacia *post mortem*, pues sólo así serán válidos por realizarse con la suficiente capacidad y porque es dudoso que una cuestión de orden público como es el estado civil pueda quedar establecido por la sola voluntad de un incapacitado.

Cabría preguntarse si en el supuesto regulado por el artículo 665 C.c., incapacitado por sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, es posible prescindir de la aprobación judicial para reconocer en razón de las garantías que ofrece sobre la capacidad del testador el dictamen favorable de los dos facultativos designados por el Notario, dictamen necesario para que sea autorizado el testamento otorgado por el incapacitado, se supone que en un intervalo lúcido¹⁵³.

¹⁵² Rechazamos, por tanto, la tesis de CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., págs. 138 y 139, de que no es exigible la aprobación judicial prevista por el art. 121 C.c. cuando se reconoce en testamento, basándose en la exclusiva eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario y en la innecesariedad de protección para el menor de edad contra sus propias decisiones, fundamento de la aprobación judicial (siguiendo también a PEÑA), una vez que ya ha fallecido.

¹⁵³ Así interpreta el precepto ROCA TRÍAS, "Comentario del artículo 665 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinador R. Bercovitz, ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 949, a pesar de que la nueva redacción dada al art. 665 C.c. por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, no especifica que se refiera a los dementes en intervalo lúcido.

No lo creemos así¹⁵⁴. Los facultativos designados por el Notario podrán emitir un dictamen favorable sobre la capacidad para testar, pero este informe no puede cumplir la función de la aprobación judicial, porque no se valora igual la capacidad para reconocer que la capacidad para testar. Lo que el Juez comprueba, aceptando la opinión de PEÑA¹⁵⁵, es que el acto de reconocer sea libre y consciente, y puede darse que se tenga capacidad para testar¹⁵⁶, y así lo dictaminen los facultativos, pero el reconocimiento que contenga ese testamento no sea libre ni consciente. Además, valorar si el reconocimiento de la propia paternidad está suficientemente fundado, ha sido otorgado con la suficiente capacidad, es función exclusiva del Juez, ¿cómo van a llevarla a cabo dos facultativos? En resumen, la función que cumple el Juez según el artículo 121 C.c. no puede ser suplida por los facultativos mencionados en el artículo 665 C.c., por lo que en todo caso será necesaria la aprobación judicial, aunque el testamento hecho por incapacitado se haya autorizado por el Notario atendiendo al informe favorable que recoge este último precepto.

3. Eficacia del reconocimiento testamentario.

¹⁵⁴ En contra de nuestra posición, y a favor de la posibilidad de prescindir de la aprobación judicial cuando se reconoce en testamento cumpliendo los requisitos del art. 665 C.c., se pronuncian Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 261, que extienden la solución a cualquier reconocimiento formal de incapacitado en intervalo lúcido: "Parece que el incapacitado por demencia tiene capacidad para reconocer en intervalo lúcido sin sujeción al artículo 121 pero con las prescripciones del artículo 665 relativas a su testamento, dado que en él cabe hacer reconocimientos (art. 120.1º). No es coherente negarle capacidad para reconocer en otra forma distinta de la testamentaria incluso cumpliendo aquellas prescripciones". Antes de la reforma del art. 665 C.c., cuando éste se refería a los testamentos otorgados por demente en intervalo lúcido, exigiendo, como ahora, el dictamen de dos facultativos, Cañizares, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 142, también mantenía que si la función del juez respecto de los reconocimientos otorgados por menores o incapaces es comprobar "sobre todo, si el sujeto, no obstante su edad o incapacidad ha realizado un acto libre, consciente y revelador de un reconocimiento sobre la propia paternidad suficientemente fundado" (siguiendo a Peña), dicha valoración queda suficientemente acreditada en los reconocimientos otorgados por incapaces en testamento si se cumplen las exigencias establecidas por el artículo 665 C.c. (antiguo).

¹⁵⁵ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 909.

¹⁵⁶ Los facultativos pueden comprobar y declarar la lucidez del testador-incapacitado en el momento de otorgar el testamento. Esta es la función que, según Roca Trías, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, ob. cit., pág. 953, cumplen los facultativos mencionados en el art. 665 C.c. (aunque no es la única, pues para la autora su intervención "tiene, además, la función de asegurar la validez del testamento").

1. Supuestos conflictivos.

El problema clave del reconocimiento testamentario es el de su eficacia. Se discute si produce efectos aun en vida del testador o, por el contrario, sólo tiene eficacia *post mortem* como cualquier disposición testamentaria. Para ser exactos, este problema se plantea únicamente respecto de los reconocimientos contenidos en testamento notarial abierto, pues es el único que en vida del testador tiene ya la forma adecuada para que el reconocimiento determine la filiación. El resto de los testamentos no cumplen con las exigencias de forma hasta después de la muerte del reconocedor, ya que es entonces cuando pueden ser protocolizados y tener así la consideración de documentos públicos, requisito, como hemos visto, necesario para que un reconocimiento testamentario determine la filiación. La exclusiva eficacia *post mortem* de estos reconocimientos contenidos en testamentos que no sean el notarial abierto, que puede fundarse en razones de forma¹⁵⁷ y no en la naturaleza del acto en que se contienen, es acorde con la eficacia *post mortem* característica de cualquier disposición testamentaria.

Aclarado lo anterior, vamos a centrarnos en la eficacia de los reconocimientos contenidos en testamento notarial abierto.

2. Falta de regulación legal expresa.

En primer lugar, hay que resaltar la ausencia de solución legal, dentro del régimen jurídico del reconocimiento, al problema de la eficacia del reconocimiento contenido en testamento. En el Derecho español no encontramos ninguna norma que declare expresamente cuál es esta eficacia, al contrario de lo que establece el artículo 256 del Codice civile para el

¹⁵⁷ En igual sentido, SERRANO GARCÍA, "El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige la aprobación judicial", en *Actualidad Civil*, 1988, núm. 13, pág. 755, sostiene que "en las demás formas testamentarias, el cerrado y el ológrafo, su eficacia se posterga, por su propia esencia formal, a la muerte del testador"

Derecho italiano: <<Il riconoscimento è irrevocabile. Quando è contenuto in un testamento ha effetto dal giorno della morte del testatore, anche se il testamento è stato revocato>>.

Contamos sólo con lo establecido en el artículo 188 del Reglamento del Registro civil, reformado en 1986, que desarrolla el párrafo segundo del artículo 124 C.c.: <<El reconocimiento de un menor o incapaz es inscribible, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento>>. El precepto, aparte de que literalmente sólo es aplicable a los reconocimientos de hijos menores o incapaces, sigue sin resolver claramente si el reconocimiento testamentario sólo es eficaz una vez fallecido el testador o si también puede serlo en vida del mismo, pues puede ser interpretado, y de hecho la doctrina lo interpreta, en ambos sentidos, es decir, como apoyo legal tanto para la eficacia inmediata como para la eficacia *post mortem* del reconocimiento contenido en testamento¹⁵⁸. Por tanto, puede defenderse cualquiera de las dos alternativas, y ya adelantamos que, sea cual sea la solución a la que se llegue, eficacia *post mortem* o eficacia inmediata del reconocimiento contenido en testamento notarial abierto, la naturaleza jurídica de uno de los dos actos, testamento o reconocimiento, se resentirá, pues son demasiado incompatibles.

3. Argumentos en favor y en contra de la eficacia inmediata o *inter vivos*.

La doctrina ha ofrecido distintos argumentos para defender la eficacia del reconocimiento testamentario en vida del testador.

En primer lugar, la eficacia inmediata puede basarse en la irrevocabilidad del

¹⁵⁸ Vid. lo que se dice *infra* págs. 115 y ss. Incluso, SERRANO GARCÍA, "El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige la aprobación judicial", ob. cit., pág. 761, considera que al ser el reconocimiento testamentario de la filiación una materia regulada exclusivamente por el Código civil, "no parece coherente que el Reglamento de la Ley del Registro Civil introduzca reformas en este punto, al no ser propias de su competencia". Dicho autor sostiene que el reconocimiento testamentario es eficaz en vida de su autor, y si el reconocido es menor o incapaz, será eficaz sin el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial.

reconocimiento, irrevocabilidad que no pierde aun constando en testamento (art. 741 C.c.), acto esencialmente revocable (cfr. art. 737 C.c.). Así, NOVOA SEOANE sostiene que "si las disposiciones mortis causa carecen de fuerza legal hasta el fallecimiento del testador, es por su carácter de leyes de sucesión y por su naturaleza de revocables, a ninguna de estas particularidades atenta el reconocimiento de hijo natural, que no es peculiar de la ley de sucesión, puesto que puede hacerse fuera de testamento y cuando en éste conste no le afecta su revocación"¹⁵⁹. Invirtiendo la relación de causalidad, otros autores consideran que la eficacia *post mortem* del testamento es la razón o el motivo que fundamenta su carácter revocable¹⁶⁰, pero en todo caso podría pensarse que, al cambiar una de las variables de esta relación, cambia también la otra. Es decir, se relacionarían eficacia *post mortem* y revocabilidad, por una parte, y eficacia inmediata e irrevocabilidad, por otra. El reconocimiento testamentario, al ser irrevocable, tendría eficacia inmediata¹⁶¹.

En contra de esta deducción se ha alegado que de la irrevocabilidad del reconocimiento

¹⁵⁹ "El testamento como ley de sucesión...", ob. cit., pág. 297.

¹⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. cit., pág. 280, afirma que "el fundamento de la revocabilidad esencial propia del testamento (...) reside en el carácter unilateral del acto, en relación con el hecho de no producirse sus efectos hasta la muerte del declarante: éste no puede, en tales circunstancias, quedar vinculado consigo mismo"

¹⁶¹ La Real Orden de 17 de mayo de 1917, mediante la cual se ordenó que fuesen anotados marginalmente los reconocimientos de hijos naturales hechos en testamento en la forma prevenida por la Ley y el Reglamento del Registro civil, sin necesidad de acreditar el fallecimiento del testador, dejándose sin efecto las Resoluciones de 18 de abril y 18 de junio de 1912, argumenta en pro de tal solución que "el texto de la Ley sufre quebranto en su genuino y natural sentido, si se aplaza la virtualidad jurídica del reconocimiento hecho en una disposición testamentaria hasta que el testador fallezca, puesto que la revocabilidad de las últimas voluntades, única razón en que parece fundarse ese aplazamiento, no afecta a la cláusula en que el padre reconozca a un hijo ilegítimo, la cual permanece firme y valedera aun después de la derogación del acto de que forma parte". Como dice POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 111, "el fundamento esencial que utiliza la citada disposición es el carácter irrevocable del reconocimiento testamentario (aunque se revocase el testamento que lo contuviera), por lo que era innecesario esperar a que falleciese el testador para que tal reconocimiento adquiriese eficacia"

no puede extraerse la eficacia inmediata porque son cuestiones distintas¹⁶². CAÑIZARES¹⁶³, concretamente, entiende que la irrevocabilidad del testamento es una excepción a la regla general de la revocabilidad del testamento, de donde no debe deducirse que también se excepcione la eficacia *post mortem* del testamento. PORRAS IBÁÑEZ, por su parte, opina que, sea o no revocable la disposición concreta contenida en testamento, "habrá, en todo caso, aplazamiento al ser accidental la revocabilidad o irrevocabilidad y esencial -como que sin ello no hay negocio mortis causa- el aplazamiento"¹⁶⁴.

Otra razón a favor de la eficacia inmediata que se ha manejado es la vigencia del artículo 254 del Reglamento Notarial, que ordena a los Notarios expedir certificación de los reconocimientos que autoricen para su anotación marginal en el Registro civil. Aunque la legislación registral no hace alusión a esta anotación marginal del reconocimiento testamentario, el artículo 254 R.N. sigue en vigor y los Notarios "han seguido expidiendo testimonio de los reconocimientos de hijos extramatrimoniales (...) otorgados en testamento para su anotación marginal en el Registro civil"¹⁶⁵. No obstante, algunos autores han esgrimido

¹⁶² Ya CALDERÓN, "Reconocimiento de hijos naturales por testamento", en *Revista de Legislación*, 1905, págs. 301 y 302, niega la relación entre irrevocabilidad y eficacia del reconocimiento testamentario. Defendiendo la eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario afirma lo siguiente: "de que un testamento sea en todo o en parte irrevocable, no se deduce que haya de producir efectos inmediatos como si se tratara de un acto inter vivos. Una cosa es que un testamento no pueda revocarse, y otra que sus efectos empiecen en cuanto acaba de otorgarse". Continúa diciendo que "el testamento está caracterizado por dos circunstancias: ser revocable y producir sus efectos después de la muerte del testador. Que el legislador haya suprimido aquella condición primera, no es razón para que presumamos que la segunda condición también ha desaparecido", no pudiendo deducirse de la excepcional irrevocabilidad del reconocimiento testamentario una disposición más excepcional aún. Igualmente, PORRAS IBÁÑEZ, "Testar y reconocer", en *Revista de Derecho Privado*, 1969, pág. 354, entiende que se confunden dos cosas distintas, "la irrevocabilidad del reconocimiento con el de sus efectos inmediatos, vulnerando el principio fundamental de todo acto de última voluntad que es el de producir sus efectos únicamente después de la vida del testador"

¹⁶³ *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 205.

¹⁶⁴ "Testar y reconocer", ob. cit., pág. 356. Concluye PORRAS IBÁÑEZ afirmando que "si no hay ese aplazamiento, el texto de la ley sufre quebranto en su natural y genuino sentido, rompiéndose en pedazos un tipo negocial hasta hacerlo desaparecer"

¹⁶⁵ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 196.

que este precepto contraría la eficacia *post mortem* del negocio testamentario¹⁶⁶.

Otros autores han aludido a la contradicción entre la naturaleza pura del reconocimiento y la dilación de la eficacia del reconocimiento hasta el fallecimiento del testador: si el reconocimiento determina el estado civil del hijo, su filiación, no cabe establecer término ni condición ninguna a su eficacia, y esto es lo que ocurriría si sólo se le diese eficacia después de la muerte del reconocedor¹⁶⁷. Como veremos, se ha tratado de refutar este argumento acudiendo a la propia Ley, que permite efectuar el reconocimiento en un acto sólo eficaz a la muerte de su autor¹⁶⁸.

La exclusiva eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario se fundamenta en la naturaleza del acto en que se contiene¹⁶⁹. El testamento, como disposición *mortis causa*, no surte efectos hasta la muerte del testador; en consecuencia, el reconocimiento que contenga sólo tendrá eficacia en dicho momento, pues ésta es la eficacia típica que caracteriza el régimen jurídico testamentario¹⁷⁰.

¹⁶⁶ PORRAS IBÁÑEZ, "Testar y reconocer", ob. cit., pág. 357, entiende que la eficacia *post mortem* del testamento queda claramente contradicha con esta anotación; y en el mismo sentido se pronuncia CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 204, para quien este artículo conculca la eficacia *mortis causa* que todo testamento tiene.

¹⁶⁷ Fundamentalmente, BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 195.

¹⁶⁸ Así, DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 164 y 165, y CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 203.

¹⁶⁹ Así, CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 201, que ha estudiado en profundidad el tema, recogiendo opiniones de ALBALADEJO, MIQUEL y PEÑA.

¹⁷⁰ A juicio de FINOCCHIARO, *Riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., pág. 242, el reconocimiento testamentario produce efectos después de la muerte del testador, no tanto por la relevancia jurídica de la finalidad *mortis causa* del que efectúa el reconocimiento como por la eficacia *post mortem* del testamento. Por su parte, PINO, *Il diritto di famiglia*, ob. cit., pág. 175, señala que "la irrevocabilità del riconoscimento, contenuto in un atto essenzialmente revocabile, quale è appunto il testamento, deriva dalla natura del riconoscimento; mentre la decorrenza del perfezionamento dalla morte del testatore deriva dalla natura del testamento".

En contra de esta tesis se puede objetar, no obstante, que el reconocimiento nunca puede ser una disposición *mortis causa*, porque no regula una situación que aparezca con motivo de la muerte de una persona. Si el reconocimiento sigue manteniendo su propia naturaleza de acto jurídico *inter vivos*, a pesar de quedar incluido en un testamento, tendría la eficacia típica de este tipo de actos¹⁷¹.

4. Desarrollo de la cuestión.

La solución al problema de la eficacia del reconocimiento testamentario, creemos que pasa por la adecuada comprensión de una doble relación: una es la que liga al reconocimiento con el acto en el que se contiene, es decir, el testamento; y la otra es la que cabe establecer, pues están vinculados legalmente (cfr. art. 120.1º C.c.), entre los documentos formalmente aptos para contener un reconocimiento, concretamente entre el testamento que ya es documento público en vida del testador y cualquier otro documento público con eficacia *inter vivos*.

4.1. Reconocimiento y testamento.

4.1.1. Similitudes y diferencias.

Tenemos que partir de la base de que un acto jurídico, el reconocimiento, puede contenerse en otro acto jurídico, el testamento, cada uno con su propia naturaleza y sus elementos definidores, algunos de ellos opuestos¹⁷². En las próximas líneas, se analizan los elementos que caracterizan el testamento, relacionándolos con los que, por su parte, caracterizan el reconocimiento de hijos. La definición que da ALBALADEJO puede servirnos

¹⁷¹ Es lo que sostiene BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 195, para quien el reconocimiento conserva su naturaleza de acto jurídico *inter vivos*.

¹⁷² Como ha dicho DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 161 y 162, "se aúnan en este supuesto instituciones en gran parte dispares", señalando que "el testamento y el reconocimiento de la filiación resultan dos categorías jurídicas antitéticas y en teoría inconciliables". Mientras que, a juicio del autor, el testamento es un negocio jurídico patrimonial, *mortis causa*, esencialmente revocable, que posee una causa y *animus* peculiar en su autor, el reconocimiento sería un acto jurídico puro, no patrimonial, *inter vivos* e irrevocable. Partiendo de estas divergencias, DURÁN RIVACOBÁ trata en su trabajo de conciliar dichas instituciones.

de punto de partida: el testamento es un "negocio solemne (o formal) por el que unilateralmente una persona sola (carácter unipersonal) establece ella misma (carácter personalísimo) para después de su muerte las disposiciones (patrimoniales o no) que le competan, pudiendo siempre revocarlas. Esencia del testamento es el disponer para después de la muerte (art. 667) para regular la situación que creará el fallecimiento del disponente (disposición *mortis causa*)"¹⁷³.

De esta definición se deducen algunos elementos comunes. Así, reconocimiento y testamento son actos unilaterales, pues su validez depende exclusivamente de la voluntad del que reconoce o testa, personalísimos y formales o solemnes. Sin embargo, son mayores las diferencias que los separan.

En primer lugar, el testamento se define como disposición *mortis causa*. Si por tal entendemos disposición para regular la situación que creará el fallecimiento del disponente¹⁷⁴, es evidente que un reconocimiento nunca participará de esta naturaleza jurídica, pues la filiación, que es lo que se pretende determinar por medio del reconocimiento, no se crea con la muerte de una persona, no es una situación que se produzca *post mortem* y que haya que regular. La muerte no es la causa del estado de filiación. Como ya dijo BELTRÁN DE HEREDIA, "en principio y en sí mismo considerado, al margen de la forma con que esté

¹⁷³ "De los testamentos en general", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo IX, Vol. 1-A, Artículos 657 a 693 del Código Civil, ed. Edersa, 1990, pág. 101.

¹⁷⁴ Así, ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 1-A, ob. cit., pág. 101. Anteriormente, este autor, "Cuestiones en materia de revocación de testamentos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XII, 1961, pág. 39, ya había escrito que "acto *mortis causa* es aquel que tiene por función peculiar la de regular una situación que se producirá originariamente por la muerte del causante". JORDANO BAREA, "Teoría general del testamento", en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Serrano Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, 1966, pág. 433, por su parte, entiende por acto *mortis causa* "aquel que tiene como contenido propio la disciplina de una situación *post mortem*, siempre que de la muerte del sujeto autor del acto se derive una calificación jurídica autónoma".

rodeado y del acto jurídico en que esté incluido, no parece que el reconocimiento pueda ser considerado como un acto de última voluntad"¹⁷⁵. Y más recientemente, DE LA CÁMARA mantiene que "aunque el reconocimiento se haya incorporado a un acto típicamente mortis causa, no es por su esencia una disposición de esta naturaleza, aunque haya revestido la forma testamentaria"¹⁷⁶.

Por tanto, aunque quepa reconocer en testamento, pues así lo permite el artículo 120.1º C.c., no podemos decir que ese reconocimiento sea una disposición *mortis causa*¹⁷⁷, pues "si el reconocimiento pasa a la categoría de disposición testamentaria, tendrá que ser a base y con la condición de que tenga la naturaleza y sobre todo la eficacia de éstas, es decir, después de la muerte del testador"¹⁷⁸, y ni tiene el reconocimiento tal naturaleza de disposición que pretenda regular una relación que surja tras la muerte del disponente, ni, consecuentemente con dicha naturaleza, por necesidad debe ser eficaz a la muerte del testador. El reconocimiento, como contenido testamentario, es singular, y no sólo por el hecho de tratarse de una disposición no patrimonial, sino porque no participa de la naturaleza *mortis causa* que caracteriza al acto testamentario. Mientras otras disposiciones no patrimoniales que pueden contenerse en testamento, como el nombramiento de tutor (cfr. art. 223 C.c.), pueden considerarse disposiciones *mortis causa*¹⁷⁹, en el sentido que le damos a esta expresión antes

¹⁷⁵ "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 195.

¹⁷⁶ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 452.

¹⁷⁷ En cambio, CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 114, a pesar de considerar que la causa genérica del testamento es la "regulación de las relaciones que surgirán a su muerte (del testador)", entiende después que se cumple el requisito de ser una disposición para después de la muerte, por lo que el reconocimiento se adapta al régimen jurídico del testamento (ob. cit., pág. 186).

¹⁷⁸ BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 197.

¹⁷⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 193, refiriéndose a este tipo de disposiciones, donde incluye las simples declaraciones del testador carentes de todo valor jurídico (indicación sobre los funerales, esquelas en la prensa, etc.) y las disposiciones personales o familiares con total eficacia jurídica, como el nombramiento de tutor, escribe que "tienen algo en común, que

señalado, el objeto del reconocimiento hace imposible esa adaptación.

No sólo no se adecúa el reconocimiento a la naturaleza *mortis causa* del testamento, sino que tampoco le es aplicable la revocabilidad propia de las disposiciones testamentarias. Frente a la regla contenida en el artículo 737 C.c., <<todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables>>, se mantiene unánimemente la irrevocabilidad del reconocimiento, irrevocabilidad que tiene su apoyo legal precisamente en otro precepto, referido al reconocimiento, de los que regulan el testamento, el contenido en el artículo 741 C.c., según el cual <<el reconocimiento no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo>>. Dicho precepto se justifica, a juicio de LACRUZ BERDEJO, "por cuanto, mientras la razón de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias es la soberanía de la voluntad individual, la del reconocimiento de la filiación, que no constituye una muestra de soberanía y excede la esfera de la individual, obedece a razones de sentido familiar y social"¹⁸⁰.

El reconocimiento de hijos no es un acto de naturaleza patrimonial. ¿El testamento lo es? Hasta la reforma del artículo 741 C.c. por Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó este cuerpo legal en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se discutía si la patrimonialidad era un requisito esencial del testamento. Precisamente en relación con el tema que nos ocupa del reconocimiento testamentario se escribieron numerosos trabajos,

les aproxima al tipo de disposiciones que modernamente se consideran como específicas del testamento. Ambos, en efecto son disposiciones *mortis causa* puesto que sólo producen efecto para después de la muerte del que las hace; y además, son esencialmente revocables"

¹⁸⁰ *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. cit., pág. 286. Continúa diciendo LACRUZ que "entre vivos, nadie ha pensado en su posible revocación. Pues bien: autorizado el reconocimiento en acto *mortis causa*, simplemente como medio de facilitar el negocio y protegerlo con el secreto si el testador lo desea, no pierde su naturaleza familiar y social ni se transforma en acto de soberanía individual, y conserva igualmente su carácter irrevocable".

sobre todo a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1964, en la que se consideró válido un testamento cuyo único contenido era un reconocimiento. Aunque en la actualidad la cuestión, por lo que a nuestro estudio atañe, ha quedado zanjada, conviene recordar que la discusión se planteaba por la aparente contradicción entre el artículo 667 C.c., que define el testamento como el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y otros preceptos en los que se permitía, y se permite, utilizar la forma testamentaria para realizar disposiciones no patrimoniales como el reconocimiento de hijos. Se distinguió así entre testamento en sentido material, que era el que contenía disposición de bienes, y testamento en sentido formal.

En opinión de ALBALADEJO, hoy la doctrina y la jurisprudencia han descartado que las disposiciones no patrimoniales que la Ley ordena se hagan en testamento, deban contenerse en un testamento que incluya también patrimoniales, siendo indiferente "admitir que el testamento no precisa de disposición de bienes, que decir que testamento material sólo es el que la contiene, pero que también es testamento en sentido formal, el acto que, aunque no contenga disposición de bienes, guarda las solemnidades pedidas al testamento y que en este acto pueden contenerse y valen las disposiciones que, sin ser de bienes, establece la Ley que se hagan en testamento"¹⁸¹. El artículo 741 C.c. ha dejado claro que son admisibles los testamentos cuyo único contenido sea un reconocimiento de filiación, y la misma regla, como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁸², puede sentarse para otras disposiciones no patrimoniales distintas del reconocimiento. Por tanto, la patrimonialidad no es requisito esencial del testamento, por lo que tan válido será un testamento que contenga, junto a un reconocimiento, otras disposiciones, patrimoniales o no, como un testamento que sólo recoja un reconocimiento

¹⁸¹ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 1-A, ob. cit., págs. 98 y 99.

¹⁸² *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 351.

de hijo.

Por otro lado, y aunque es lo que estamos tratando de solucionar, la eficacia *post mortem* del testamento repele, en principio, la naturaleza del reconocimiento como acto puro no sometible a término ni condición, en razón de la estabilidad y seguridad del estado de filiación, incompatibles con la declaración hecha bajo condición o término.

La muerte del testador, caso de tener eficacia *post mortem* el reconocimiento, funcionaría como término inicial del estado civil de filiación, como ya señaló BELTRÁN DE HEREDIA en su estudio: "tratándose de un acto peculiar del Derecho de familia parece lógico que sea incompatible con la eficacia <<post mortem>> característica de las disposiciones testamentarias, pues como dijo Cicu lo contrario supondría tanto como supeditar su efectividad a un término o condición suspensivos, cual es la muerte del testador. supuesto que indudablemente no puede concebirse en las relaciones jurídicas familiares"¹⁸³. Este sometimiento a término que conlleva la eficacia *post mortem* del reconocimiento es justificada, sin embargo, por algún autor. Así, DURÁN RIVACOBÁ no comparte la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA porque "el reconocimiento constituye un acto jurídico, cuyos extremos -entre otros éste- se prevén en la ley, luego huelgan interpretaciones ex voluntate de sus efectos"¹⁸⁴. Por su parte, CAÑIZARES argumenta que "indirectamente es el Código civil el que establece la excepción, esto es, que un reconocimiento de hijo pueda no tener una inmediata eficacia, puesto que permite que dicho reconocimiento sea otorgado en testamento,

¹⁸³ "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 195.

¹⁸⁴ "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 165, nota 90.

acto <<mortis causa>> que comienza a tener eficacia a la muerte del testador"¹⁸⁵.

La apoyatura legal que, en opinión de estos autores, tiene la eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario, no creemos que pueda mantenerse. En primer lugar, y fundamentalmente, porque, a falta de pronunciamiento expreso de la Ley a favor de la eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario, no se puede interpretar que es la propia Ley la que establece esta eficacia del reconocimiento contenido en un testamento, cuando esta interpretación choca con lo establecido en la Constitución: el deber de asistencia que, según el artículo 39.3 de la Constitución, obliga a los progenitores para con sus hijos, se incumpliría durante el período de tiempo que va desde el otorgamiento del testamento hasta la muerte del reconocedor¹⁸⁶, y esta consecuencia no puede sostenerse que es querida por la propia Ley. Esta asistencia <<de todo orden>> que deben prestar los padres a sus hijos, no se traduce únicamente en la obligación legal de dejarles una parte de su herencia, lo único que obtendrían los hijos reconocidos en testamento si éste sólo pudiese ser eficaz tras la muerte del reconocedor, sino que incluye también la obligación de alimentos, de educación, de guarda, etc., obligaciones que incumben a los padres desde el mismo momento del nacimiento del hijo,

¹⁸⁵ *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 203. El razonamiento de estos autores consigue adaptar esta forma de reconocimiento al régimen jurídico testamentario, que se caracteriza por desplegar sus efectos después de la muerte del otorgante, puesto que, añade CAÑIZARES, "nunca puede denominarse testamento al acto por el que una persona dispone para después de su muerte y cuya eficacia es *inter vivos*" FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 161, partiendo de la exclusiva eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario a tenor del art. 256 del Código civil italiano, argumenta en el mismo sentido que "La norma che dispone la efficacia del riconoscimento testamentario dal momento della morte del testatore non rappresenta una eccezione al divieto di apporre al riconoscimento clausole limitatrici (art. 257). È invece una conseguenza dell'efficacia *post mortem* del testamento, di modo che resterebbe privo di conseguenze il consenso del testatore a che il riconoscimento produca effetti in vita, occorrendo allo scopo una rinnovazione del riconoscimento nelle forme previste dall'art. 254"

¹⁸⁶ El art. 30, párr. 1º, de la Constitución italiana, que impone al progenitor la obligación de educar, mantener e instruir al hijo, es interpretado por DOGLIOTTI, "Ricerca della maternità naturale e tutela dei figli nati fuori del matrimonio", ob. cit., pág. 8, en el sentido de que establece "una precisa responsabilità del genitore per il mero fatto di procreazione", derivada de que la obligación es independiente <<dal suo *status filiationis* e senza, quindi, possibilità di distinzione tra figli legittimi, naturali, riconosciuti o giudizialmente dichiarati, riconoscibili o non riconoscibili"

pues la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar (art. 112 C.c.), debiendo la Ley posibilitar la determinación legal de dicha filiación para que puedan hacerse efectivos cuanto antes.

Por otra parte, la Ley, en el artículo 120.1º C.c., recoge el testamento como mera forma apta para reconocer, sin que quepa deducir de esta mención la aplicación general de todo el régimen jurídico del testamento. El acto esencial no es el testamento, sino el reconocimiento, lo fundamental no es la forma sino el contenido, por lo que habrá que adaptar, en la medida de lo posible, el régimen del testamento al del reconocimiento y no al revés.

En definitiva, del estudio comparativo del testamento y del reconocimiento obtenemos la conclusión de que, al no ser éste una disposición testamentaria, entendida como disposición *mortis causa* o disposición para regular la situación que se creará a la muerte del testador, ni revocable, no hay razón para extender al reconocimiento la eficacia *post mortem* que se asocia con estas características, eficacia que además es contradictoria con la naturaleza pura del acto en cuestión que se contiene en el testamento¹⁸⁷. Aunque el reconocimiento se contenga formalmente en un testamento, no es materialmente contenido testamentario, y la eficacia *post mortem* deriva del contenido del testamento y no de la forma. No es obstáculo, tampoco, a la eficacia inmediata del reconocimiento el carácter reservado del testamento, que podría entenderse conlleva la eficacia *post mortem* del reconocimiento que estudiamos, pues el

¹⁸⁷ Contradicción que es rechazada por DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 164, pues, por el contrario, opina que "la eficacia *mortis causa* -característica que integra lo más elemental del testamento- constituye, según creo, no sólo el punto básico donde pueden aunarse ambas instituciones, sino la ratio del especialísimo trato dispensado en el Código al reconocimiento testamentario"

mantenimiento de esta reserva en el caso del reconocimiento es discutible y puede rebatirse¹⁸⁸.

Así, la falta de publicidad del contenido testamentario queda excepcionada para el reconocimiento por aplicación del artículo 254 del Reglamento Notarial, que obliga a los Notarios a comunicar la existencia de dicho reconocimiento al Encargado del Registro civil para su anotación marginal. Como ya se ha señalado, algún autor sostiene que este precepto conculca la eficacia mortis causa del testamento¹⁸⁹, conclusión con la que no estamos de acuerdo, porque, aun manteniendo que el reconocimiento testamentario debe ser eficaz a la muerte de su autor, la mera comunicación al Encargado no tiene por qué conllevar automáticamente la eficacia inmediata de dicho reconocimiento, como tampoco es eficaz inmediatamente el reconocimiento mediante declaración ante el Encargado del Registro¹⁹⁰. En nuestra opinión, la regla del artículo 254 R.N., que da publicidad a una determinada disposición testamentaria, es justificable por dos razones: porque garantiza la irrevocabilidad del reconocimiento contenido en testamento abierto notarial¹⁹¹, y porque el reconocimiento de hijo se refiere a una situación presente, actual (la filiación no matrimonial), no a una situación

¹⁸⁸ NOVOA SEOANE, "El testamento como ley de sucesión...", ob. cit., págs. 297 y 298, afirmaba en este sentido que la publicación del reconocimiento no afecta ni al secreto ni a la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, pues "basta para ello un testimonio en relación al documento en que conste que nada revela ni puede revelar de las demás ordenaciones; y no puede sostenerse que se quebrantaría de esta suerte la condición de reservado el testamento, por cuanto en este particular no puede serlo, atendiendo a razones de orden público y social", concluyendo que "no es desventurado decir que ni la cualidad de reservado del testamento, ni tampoco la condición de mortis causa, pueden detener el cumplimiento de la ley, en cuanto a las ordenaciones que no afectando a la disposición de bienes de que nos habla el art. 667 del Código civil, la misma ley declara desde luego y siempre con eficacia"

¹⁸⁹ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 204.

¹⁹⁰ Puede plantearse el mismo problema que, a nuestro entender, se da cuando el reconocedor hace su declaración ante el Encargado del Registro pero no se dan los requisitos necesarios para que ese reconocimiento válido sea eficaz. El reconocimiento no podrá inscribirse como título eficaz de determinación legal de la filiación, pues no habrá determinado la filiación, pero se deja constancia del mismo en el acta correspondiente.

¹⁹¹ Es posible que el reconocedor otorgue un testamento posterior donde no se contenga el reconocimiento, quedando olvidado el primero, por lo que no llegaría a ser eficaz el reconocimiento. NOVOA SEOANE, "El testamento como ley de sucesión...", ob. cit., págs. 298 y 299, planteaba el problema basándose en la práctica del Registro de actos de última voluntad.

que aparecerá con posterioridad a la muerte del testador y que, en consecuencia, sólo tiene sentido conocer cuando llegue ese momento.

Hay, no obstante, un elemento del testamento que puede tener una incidencia decisiva en la eficacia del reconocimiento, sobre todo si éste es el único contenido del testamento. Estamos pensando en la intención de testar, que, a nuestro entender, es el obstáculo fundamental que se opone a la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario, y cuya relevancia analizamos a continuación.

4.1.2. Relevancia de la intención de testar.

Una de las características esenciales que definen el testamento es la intención de testar¹⁹², es decir, la voluntad de disponer para después de la muerte¹⁹³, como señalaron las clásicas sentencias de 8 de julio de 1940 y de 22 de diciembre de 1964, referida ésta última, precisamente, a un reconocimiento testamentario. El Tribunal Supremo, en la primera sentencia mencionada, sienta una serie de conclusiones en cuanto a la voluntad del causante manifestada en el testamento, interesándonos para nuestro estudio la segunda: "Que siendo el testamento acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante"¹⁹⁴. Así pues, para que un acto pueda ser considerado testamento es necesario que

¹⁹² Así, estudiando la naturaleza jurídica del testamento, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 352, afirman que "para calificar como testamento un determinado negocio es necesario que se manifieste una verdadera intención de testar"

¹⁹³ Así entendida por BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 190, citando las sentencias de 10 de diciembre de 1956 y 24 de noviembre de 1958.

¹⁹⁴ Las otras dos conclusiones son, la primera, "Que al ser esencialmente el testamento un acto de disposición de bienes o de derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, puede dudarse si constituye un simple esbozo y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar con respecto al destino de su patrimonio, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen", y la

el testador quiera disponer para después de la muerte. Esta intención de testar o *voluntas testandi* es perfectamente admisible cuando se trata de disponer bienes o, fuera del campo patrimonial, cuando, por ejemplo, se nombra un tutor para los hijos del testador. Pero aplicar la misma a los reconocimientos testamentarios plantea dudas¹⁹⁵.

La incidencia de la intención de testar en la eficacia del reconocimiento contenido en testamento deriva, a nuestro entender, de lo que supone en esencia dicha intención exigida ineludiblemente para la validez del testamento.

Como premisa de nuestro razonamiento tenemos que partir de la necesaria validez del testamento, como tal testamento, para que el reconocimiento en él contenido también lo sea¹⁹⁶. No habrá reconocimiento testamentario, aunque su autor proclame que reconoce en testamento, si el acto no puede calificarse como tal. No puede emplearse "el simple documento público a que se refiere nuestro legislador con la fórmula vaga de <<en otro documento público>> para darle la forma testamentaria pública pretextando que se trata de un documento del género"¹⁹⁷. Se hace imprescindible, por tanto, encontrar la nota distintiva del testamento, lo que lo diferencia de otros actos y nos permite hablar de reconocimiento testamentario.

Creemos que pueden distinguirse a este respecto dos supuestos: que el testamento contenga sólo un reconocimiento de hijo o bien que el testamento contenga otras disposiciones

tercera, "Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición mortis causa en sus palabras"

¹⁹⁵ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., págs. 185 y 186, si bien exige intención de testar para que haya testamento, admite que en el caso del reconocimiento de hijo esta *voluntas testandi* no está clara, aunque si la intención de reconocer. Como cualquier otra disposición contenida en testamento, continúa la autora, encierra una doble declaración de voluntad: la propia declaración y la declaración de testar, es decir, de que sea para después de la muerte.

¹⁹⁶ Según ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 238, "habrá de ser un testamento válido y eficaz"; y a juicio de BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 186, los actos que pueden contener un reconocimiento "tendrán que reunir los requisitos de fondo y forma establecidos por la ley para su plena validez jurídica"

¹⁹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 185.

(con independencia de que se incluya o no un reconocimiento). En este segundo supuesto, los rasgos definidores pueden ser varios, dependiendo de cada opinión doctrinal: disposición *mortis causa*, intención de testar, revocabilidad... En cambio, si el testamento contiene sólo un reconocimiento, la única nota distintiva sería la intención de testar, pues no habría ninguna disposición *mortis causa* (entendida como disposición para regular una situación creada a la muerte del testador), ni ninguna disposición que pueda revocarse. Es lo que viene a decir ALBALADEJO cuando estudia el artículo 741 C.c., precepto en el que se considera testamento el acto que sólo contiene un reconocimiento: "parece que, al menos, el otorgante deberá decir que testa, o deducirse de algún modo que hace el reconocimiento en un acto que desea se conceptúe como testamento, aunque desde un punto de vista material no lo sea"¹⁹⁸. Parece que ALBALADEJO exige, junto a la forma testamentaria (que no permite diferenciar, por otra parte, un testamento notarial abierto de una escritura pública), la *voluntas testandi*, pues en otro caso "no valdrá como reconocimiento testamentario el hecho en un acto que, sin embargo, guarde los requisitos formales del testamento"¹⁹⁹.

La intención de testar, como vemos, en uno u otro supuesto, nunca puede faltar; siempre debe darse este requisito subjetivo del que habla BELTRÁN DE HEREDIA: "no basta, pues, que sea un acto que tenga la apariencia formal de testamento, sino que tiene que ser un negocio jurídico que, en su aspecto subjetivo contenga el requisito ineludible requerido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es decir, el ánimo o intención de testar"²⁰⁰. Incluso algún autor ha hecho recaer en esta intención de testar la esencia del testamento. Así, MARTÍNEZ CALCERRADA señala que "el acto testamentario implica, sin más, el deseo del

¹⁹⁸ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 425.

¹⁹⁹ ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 425.

²⁰⁰ "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 198.

testador de que se cumpla su voluntad después de su muerte"²⁰¹.

Una vez sentado que la intención de testar siempre tendrá que tenerse para calificar un acto como testamento válido, pasamos a explicar por qué pensamos que está relacionada esta intención con la posible eficacia del reconocimiento. A nuestro juicio, es clara la relación causa-efecto, que puede ser relevante o no, entre intención de testar y eficacia del reconocimiento testamentario: si se tiene intención de testar al efectuar el reconocimiento es porque el reconocedor tiene intención de reconocer para después de su muerte, para que tenga eficacia *post mortem*; si, por el contrario, reconoce sin intención de testar, su propósito es que el reconocimiento despliegue sus efectos antes de su muerte²⁰². Evidentemente, sabemos que la eficacia del reconocimiento no depende de la voluntad de su autor, sino de lo que establezca la Ley, pero cuando se utiliza la forma testamentaria para reconocer pueden darse casos en los

²⁰¹ "El testamento y su pretendida patrimonialidad", ob. cit., pág. 468. Opina MARTÍNEZ CALCERRADA que "si el contenido <<sustancial>> del mismo [el testamento] puede variar -unas veces será patrimonial, otras no- su faceta <<formal>> es decisiva, tanto, que le reporta la cualidad de ser un acto formalmente solemne, términos referidos no sólo a los elementos adjetivos -aquí tan importantes: forma escrita, expresión de voluntad, notario idóneo, en su caso-, sino a los condicionantes de la previa verificación testamentaria, o sea, capacidad del testador, intención de testar y, efectivamente, su testamentificación o deseo plasmado para que se cumpla el mismo después de su muerte".

²⁰² DURÁN RIVACOBA, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 165 y 166, parte también de la existencia o no de intención de testar para tratar el tema de la eficacia del reconocimiento testamentario. Puede extraerse de su comentario que el reconocimiento tiene eficacia *mortis causa*, coincidiendo con la del acto que lo contiene, "en tanto en cuanto responden ambos al mismo animus -el de testar- entendido como aquél que impera con objeto de disponer de todas las circunstancias -patrimoniales o personales- una vez producido el óbito del causante, pues <<se realizan en la hora de la muerte o contemplándola y con efectos post mortem>>; ahora bien, ello no impide al acto de última voluntad desplegar asimismo los llamados efectos prodrómicos o preliminares al hecho en cuya provisión se dictó, lo cual se producirá mientras el reconocimiento reúna los requisitos legales para su eficacia inmediata". Y continúa diciendo que "si, por el contrario, el reconocimiento se realiza en forma testamentaria con pretendida relevancia inter vivos, aun válido, sólo surtirán los efectos típicos del efectuado mediante documento público, porque goza de un animus absolutamente opuesto al de un acto de última voluntad, si bien toma ocasión en ella para manifestarse ad extram; es decir, en este caso caben apreciarse dos actos distintos, unidos, jurídicamente hablando, por una vicisitud accidental, como es la forma externa de su exteriorización; de un lado el testamento, cuyas cláusulas típicas surtirán sus efectos post mortem, y de otro, un acto jurídico independiente y autónomo, de Derecho de familia, que aprovecha la última voluntad en cuanto sus formalidades pueden responder a los requisitos legales establecidos para originarse con independencia sustantiva de aquél, pues no disfrutan, ambos actos diferenciados, de una causa común".

que la propia Ley exige, para la validez del testamento, que el reconocedor tenga intención de reconocer para después de su muerte, es decir, para que su reconocimiento tenga eficacia *post mortem*.

Como decimos, no siempre cabrá dar relevancia a la intención del autor del reconocimiento en relación a la eficacia, inmediata o *post mortem*, de éste. Aunque no ofrezca dudas que para la validez del reconocimiento es presupuesto ineludible la validez del acto que lo contiene, y que, a su vez, requisito de la validez del testamento es la intención de testar, la trascendencia de esta *voluntas testandi* es, no obstante, diversa dependiendo, primero, de que se considere o no el reconocimiento como disposición testamentaria o *mortis causa*, y segundo, de que el reconocimiento acompañe a otras disposiciones testamentarias o sea el único contenido del testamento.

Analizando la primera alternativa, llegamos a la conclusión de que si la intención de testar siempre debe tenerse para calificar un acto como testamento (y en su exigencia coincide doctrina y jurisprudencia), y además consideramos que el reconocimiento contenido en dicho acto participa de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, no se puede predicar después que tal reconocimiento tenga eficacia inmediata²⁰³, lo que, por el contrario, sí puede defenderse si se mantiene que el reconocimiento no es disposición testamentaria. El razonamiento sería el siguiente.

El artículo 120.1º C.c. permite que se pueda reconocer en testamento, testamento que, como señala la doctrina, ha de ser válido. Para la validez del testamento se exige que el disponente tenga intención de testar, es decir de disponer para después de su muerte. Supongamos que el reconocimiento es disposición testamentaria: para que sea válida como tal

²⁰³ PORRAS IBÁÑEZ, "Testar y reconocer", ob. cit., pág. 354, opina que "lo que no es compatible con ese testar o disposición para después de la muerte, sólo perfeccionable muerto el disponente, es darla por perfecta o establecida antes de su muerte"

disposición testamentaria, además de tener la voluntad concreta que requiere dicha disposición, es preciso tener voluntad de testar, que en el caso del reconocimiento equivale a voluntad de reconocer para después de la muerte. En puridad, exigir la intención de testar al reconocedor equivale a exigirle que quiera que su reconocimiento tenga sólo eficacia cuando ya haya fallecido, pues debe tener la voluntad de reconocer para después de su muerte. Si esta voluntad es necesaria para que el testamento sea válido, el reconocedor no sólo debe tener intención de reconocer sino que también debe tener la intención de dejar establecida la filiación no matrimonial una vez haya fallecido. Manteniendo esta tesis la conclusión lógica es defender la eficacia *post mortem* del reconocimiento, pues esta eficacia es la que se deriva de la intención de testar: es absurdo exigirle a la persona que reconoce en testamento que tenga intención de testar para que el testamento sea válido, es decir, intención de que su reconocimiento despliegue efectos sólo después de su muerte, y al mismo tiempo darle eficacia inmediata prescindiendo de dicha intención de testar. Llegamos, por tanto, al mismo problema visto en líneas anteriores: se le estaría permitiendo a la persona que reconoce a su hijo imponer un término para que el reconocimiento surta efectos, lo que contradice su carácter puro como institución de Derecho de familia.

Supongamos ahora que el reconocimiento no es disposición testamentaria. Al no participar de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad no sería exigible la intención de testar referida al reconocimiento, sino que bastaría con que esta intención de testar se tuviera respecto del resto de las disposiciones que contuviera el testamento para que éste fuese válido. El testamento funcionaría así como mero instrumento formal que se aprovecharía para efectuar un reconocimiento de filiación con la debida forma, reconocimiento que podría tener eficacia inmediata. Sin embargo, tras la reforma del artículo 741 C.c., se admite expresamente la posibilidad de testamentos cuyo único contenido sea un reconocimiento (aunque con

anterioridad a 1981 también se admitía tal posibilidad por la doctrina y así fue manifestado por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1964). Si el reconocimiento no es disposición testamentaria, nos encontramos con un problema de difícil solución, pues en este caso ¿qué queda de la naturaleza jurídica del testamento en estos testamentos nudos²⁰⁴? Para que el testamento que contiene sólo un reconocimiento sea válido, el testador debe tener intención de testar, y ésta no tiene más punto de referencia que el reconocimiento: el testador tendrá intención de testar si tiene intención de reconocer para después de su muerte, de lo que se deduce lógicamente la eficacia *post mortem* acorde con la voluntad exigida al reconocedor. Partiendo de esta premisa, un reconocimiento testamentario, otorgado sin intención de testar, sólo tendría validez, como tal reconocimiento testamentario, si le acompañan otras disposiciones como contenido del testamento, pues sólo así podría darse la voluntad de testar necesaria para que exista testamento, voluntad de testar que se cumpliría al tenerla el testador para todo el contenido testamentario excepto el reconocimiento.

Resumiendo, si se considera que es disposición testamentaria el reconocimiento contenido en testamento, sólo tendrá eficacia *post mortem* aunque dicho testamento sea notarial abierto. Si por el contrario no es disposición testamentaria, y queremos ser congruentes con la intención de testar exigida para la existencia y validez de todo testamento, parece que en todo caso deberá ser eficaz *post mortem* el reconocimiento que sea único contenido del testamento. ¿Y cómo argumentar que si el reconocimiento se contiene en un testamento junto a otras disposiciones puede tener eficacia inmediata y si no hay tales disposiciones tiene eficacia *post mortem*?

Ya que, en nuestra opinión, el reconocimiento, aunque se contenga en testamento, no

²⁰⁴ Expresión de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 451, para referirse a los testamentos cuyo único contenido es un reconocimiento de hijo.

es disposición *mortis causa* en el sentido de disposición que pretenda regular una relación que surja tras la muerte del disponente, partimos de esta base para desarrollar a continuación los distintos supuestos que cabe imaginar teniendo en cuenta que, aunque el reconocimiento no participe de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, lo que sí puede darse es que el reconocimiento se incluya en un testamento porque el reconocedor quiera que sólo tenga efectos a su muerte, porque quiera que tenga la eficacia típica del acto en que se contiene²⁰⁵. La distinción de cuatro hipótesis de trabajo nos ayudará a clarificar la cuestión de la incidencia de la intención de testar en la eficacia del reconocimiento testamentario:

- a) Testamento que contiene otras disposiciones, además del reconocimiento, sin que el testador tenga intención de reconocer para después de su muerte.
- b) Testamento que contiene otras disposiciones, además del reconocimiento, teniendo el testador intención de reconocer para después de su muerte.
- c) Testamento que contiene sólo un reconocimiento, otorgado sin intención de testar.
- d) Testamento que contiene sólo un reconocimiento, otorgado con intención de testar.

4.1.3. Reconocimiento en testamento que contiene, además, otras disposiciones.

A nuestro entender, la relevancia de la intención de testar en orden a la eficacia del reconocimiento es menor si el testamento contiene otras disposiciones, pues puede identificarse perfectamente el acto como testamento y haberse efectuado en él el reconocimiento aprovechando la forma solemne, pero sin la intención de que el reconocimiento sólo se

²⁰⁵ Esta intención del reconocedor cabe pensar que se dará ahora siempre que el reconocimiento sea el único contenido del testamento. Desaparecida la posibilidad de que el reconocimiento testamentario tenga eficacia inmediata sin los requisitos ordenados por el párrafo primero del art. 124 C.c., fraude frecuente que ha venido a evitar el art. 188 R.R.c., si el reconocedor quiere que su reconocimiento tenga eficacia inmediata, utilizará la forma de documento público, ya que, reconozca en testamento o en documento público, necesitará el consentimiento del representante legal del menor o la aprobación judicial para la eficacia de su reconocimiento, y así se evitará tener que cumplir, además, los requisitos de validez del testamento. El mismo razonamiento vale para el reconocimiento de un hijo mayor de edad y capaz, pues en todo caso necesitará para ser eficaz el consentimiento expreso o tácito del propio hijo, a tenor del art. 123 C.c.

conozca a la muerte del testador, es decir, sin la intención de reconocer para después de la muerte. Es el único supuesto en el que entendemos justificable la afirmación de ALBALADEJO de que "también puede darse, sin embargo, el caso de que se reconozca en testamento sin tal propósito [querer que el reconocimiento no aparezca hasta su muerte], sino simplemente usando una de las posibles formas de hacerlo"²⁰⁶.

Si el testamento contiene varias disposiciones, dos son las posibles soluciones para defender la eficacia inmediata del reconocimiento, dependiendo de la intención del reconocedor.

Es posible que el reconocedor quiera que su reconocimiento tenga eficacia inmediata, y utilice como medio de expresión, como vehículo formal admitido por el artículo 120.1º C.c., la forma testamentaria, aprovechando el otorgamiento de dicho acto. Siguiendo lo dicho por ALBALADEJO, el acto de reconocer no es *mortis causa*, y sólo accidentalmente estaría incluido en el testamento aprovechando sus solemnidades. En este caso estaríamos ante un reconocimiento contenido formalmente, porque así lo permite el artículo 120.1º C.c., en un testamento, y además con eficacia inmediata.

No compartimos la tesis, defendida por DURÁN RIVACOB²⁰⁷, de que estamos ante una simulación relativa cuando el testamento abierto notarial contiene otras disposiciones, y el reconocimiento se efectúa sin intención de testar. El testamento en estos casos es válido, pues la intención de testar puede tenerse para el resto de las disposiciones, patrimoniales o no; es un testamento notarial abierto que dota de forma suficiente al reconocimiento, y que puede ser empleado por el reconocedor simplemente por economía instrumental: a la vez que se testa,

²⁰⁶ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 428.

²⁰⁷ "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 165 y 166.

se reconoce la filiación. Otra cosa es que no pueda ser aplicado el artículo 124, párrafo segundo, C.c. si el reconocimiento de hijo menor o incapaz es eficaz *inter vivos*, como veremos más adelante.

Y si la intención del testador es que su reconocimiento no tenga efecto hasta su fallecimiento, es decir, tiene la intención de reconocer para después de su muerte (intención de testar referida al reconocimiento), podría considerarse término immoral e ilegal el aplazamiento hasta la muerte de los efectos del reconocimiento,teniéndolo por no puesto. El reconocimiento sería válido teniendo por no puesta la condición o el término que supone reconocer para después de la muerte del testador²⁰⁸. También en este supuesto habría que hablar de reconocimiento formalizado en testamento, pues ésta es la forma, permitida por la Ley, elegida para reconocer. La eficacia de este reconocimiento en testamento sería igualmente inmediata porque la voluntad del reconocedor, en este caso no exigida por la Ley para calificar de testamento el acto formal continente del reconocimiento, es intrascendente para el Derecho.

4.1.4. Reconocimiento en testamento como único contenido.

Veamos ahora cómo puede afectar la intención de testar a la eficacia del reconocimiento, único contenido del testamento. En estos supuestos, es imprescindible que el

²⁰⁸ Nos basamos, para llegar a esta conclusión, en las palabras de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 451-452, refiriéndose a un reconocimiento nudo contenido en testamento ológrafo: "me parece que sólo podrá defenderse que existe reconocimiento testamentario, y aun así con muy buena voluntad, si del contexto del documento resulta muy claramente que el otorgante ha querido reconocer para después de su muerte. Se trataría, en rigor, de un reconocimiento condicionado, o sujeto a plazo (incierto) suspensivo, y aunque el reconocimiento no admite, como hemos visto, esas modalidades podría echarse mano de la tesis que defiende la validez del reconocimiento teniendo por no puesta la condición o el término que, en todo caso, serviría para identificar (con buena voluntad, repito) el documento como documento ológrafo" En otro apartado del presente trabajo (vid. *supra* págs. 92 a 94), hemos señalado que no nos parece convincente el razonamiento si se aplica a los reconocimientos que constituyen el único contenido de un testamento. Sin embargo, sí puede ser aplicado en el caso de que el testamento, junto al reconocimiento, contenga otras disposiciones. Si el testador reconoce para después de su muerte, está sometiendo a término suspensivo su reconocimiento, lo que contradice su naturaleza pura. Para salvar el reconocimiento y respetar su naturaleza pura, podemos considerar irrelevante la intención del testador de reconocer para después de su muerte, lo que no supondría negar la existencia de un testamento: el resto de las disposiciones contenidas en el acto que recoge el reconocimiento se establecen para después de la muerte del otorgante y sólo entonces serán eficaces.

autor del reconocimiento pretenda reconocer para después de su muerte, pues en otro caso no estaríamos ante un testamento válido. Se considere o no el reconocimiento como disposición testamentaria, su autor debe tener intención de testar. Si se mantiene que el reconocimiento contenido en testamento adquiere la naturaleza de una disposición testamentaria, debe reunir los requisitos necesarios que identifican toda disposición testamentaria, entre ellos, la intención de testar. Si se mantiene que no es disposición testamentaria, postura que nos parece más correcta, el reconocedor no debe tener intención de testar para que el reconocimiento sea válido como contenido en testamento, sino para que el testamento que contiene un reconocimiento sea válido. En otras palabras, para poder hablar de reconocimiento testamentario cuando el testamento no contiene otras disposiciones, es necesario que el reconocedor efectúe su declaración en contemplación de la muerte y para que tenga efectos después de ella, pues en esto se traduciría la intención de testar.

Si el autor del reconocimiento no tiene esta intención, no habría testamento válido, por lo tanto, fallaría la forma del reconocimiento. En este caso, tendría relevancia el tipo de testamento que se hubiese pretendido otorgar, ya que si era notarial abierto no habría testamento pero sí documento público, por lo que el reconocimiento en él contenido vale perfectamente como título de determinación legal de la filiación. Tendríamos, pues, un reconocimiento en documento público. Teóricamente puede completarse el razonamiento afirmando que si el testador otorga otro tipo de testamento, que no sea documento público a los efectos del reconocimiento, sin intención de testar, no se podría suplir en ningún caso la falta de forma: no habría testamento ni tampoco <<otro documento público>>, por lo que ese reconocimiento nunca podría determinar legalmente la filiación.

Decimos teóricamente porque en la práctica no parece que pueda darse el supuesto. Si se otorga un testamento cerrado para reconocer a un hijo, el mero hecho de elegir esta

modalidad testamentaria, secreta y cuyo contenido sólo conoce el testador, denota ya la intención de testar; la intención de que el testamento se abra sólo a la muerte del causante y que sólo entonces se haga público el reconocimiento; la intención, en resumen, de que el reconocimiento sólo sea eficaz *post mortem*. Y en el caso de que el testamento sea ológrafo, dado que es un escrito autógrafo que no presenta más rasgo distintivo de otro escrito autógrafo, cuando contiene sólo un reconocimiento de filiación, que la intención de testar, si lo hemos calificado de testamento es porque se ha comprobado previamente la existencia de la *voluntas testandi*. El resto de los testamentos asumen formalidades que los identifican como tales, por lo que la búsqueda de la intención de testar para comprobar su validez es algo posterior. En el testamento ológrafo, por el contrario, no hablaríamos de testamento si no hubiésemos averiguado dicha intención plasmada en el documento autógrafo. La eficacia del reconocimiento, único contenido de estos tipos de testamento, será en todo caso posterior a la muerte de su autor, pues hasta entonces no alcanzará la forma exigida por el artículo 120.1º C.c. para servir de título de determinación legal de la filiación.

Vamos, pues, a centrarnos en la validez y eficacia de un reconocimiento de filiación, único contenido de un testamento notarial abierto, otorgado sin intención de testar. Si la voluntad del reconocedor no es la de testar, la de disponer para después de su muerte, tendremos que considerar, *sensu contrario*, que pretende la eficacia inmediata de su reconocimiento. Si el reconocido es menor o incapaz, único supuesto en que cabe imaginar que el autor del reconocimiento utilice la forma testamentaria sin intención de testar por el especial régimen al que quedan sometidos este tipo de reconocimientos²⁰⁹, sería un supuesto

²⁰⁹ Si el reconocido es mayor de edad y capaz (art. 123 C.c.) o ya fallecido (art. 126 C.c.), se utilice la forma que se utilice, siempre serán necesarios los requisitos de eficacia que se recogen en los preceptos mencionados. Por lo tanto, no tiene sentido que el reconocedor, si pretende que su reconocimiento tenga eficacia

de simulación relativa, como mantiene DURÁN RIVACOBÁ²¹⁰ refiriéndose, en general, a todo reconocimiento que se realice "en forma testamentaria con pretendida relevancia *inter vivos*", es decir, con "un animus absolutamente opuesto al de un acto de última voluntad". Según el citado autor, "estaremos ante un notorio supuesto de simulación relativa si mediante un reconocimiento testamentario se pretenden efectos típicos *inter vivos*, porque se articula, en atención a los beneficios legales de la fórmula, mediante un acto *mortis causa*"; y continúa afirmando que "el acto encubierto sería *inter vivos*, y el simulado -por el cual se pretenden eludir las garantías de quien ostenta la representación legal de los intereses del menor y, a sus expensas, injustos beneficios que hipotéticamente pueden motivar un cambio de actitud hacia el hijo- *mortis causa*", suponiendo un auténtico fraude de ley al párrafo primero del artículo 124 C.c., bajo la apariencia de cumplir el segundo párrafo del mismo artículo¹²⁴.

Coincidimos con DURÁN RIVACOBÁ en que estamos ante una simulación relativa si el reconocedor otorga un testamento con un reconocimiento como única disposición y sin intención de testar, pues el solo motivo que le puede llevar a elegir la forma testamentaria y no el mero documento público, si lo que pretende son efectos *inter vivos*, es eludir la aplicación del párrafo primero del artículo 124 C.c., amparándose en su párrafo segundo, que privilegia el reconocimiento testamentario de menores o incapaces. El acto simulado, el testamento, sería nulo por falta de intención de testar. Pero el acto disimulado o encubierto sería un reconocimiento en documento público válido, que se sometería a lo establecido por el párrafo primero del artículo 124 C.c., y que, como todo reconocimiento en documento público, tendría eficacia *inter vivos* o inmediata (siempre que concurriesen el consentimiento

inmediata, utilice en estos casos la forma testamentaria con la única finalidad de reconocer la filiación.

²¹⁰ "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 165 y 166.

o la aprobación previstos en dicho precepto). DURÁN RIVACOBÁ sostiene en el mismo sentido que el reconocimiento "sólo surtirá los efectos típicos del efectuado mediante documento público"²¹¹.

Hasta aquí hemos visto cómo puede solucionarse el problema de que se otorgue un testamento que contenga sólo un reconocimiento sin intención de testar. Problema, por otra parte, que, a nuestro entender, no se dará tras la reforma del artículo 188 R.R.c. Según este precepto, sólo tras la muerte del testador cabe aplicar a su reconocimiento el régimen del párrafo segundo del artículo 124 C.c., que excepciona la necesidad de consentimiento del representante legal del menor o incapaz o de aprobación judicial para la eficacia de dicho acto. Por tanto, admitiendo que puede tener eficacia *inter vivos* el reconocimiento testamentario, se reconozca en testamento o en otro documento público, si se pretende su eficacia inmediata se aplicará la regla del primer párrafo del artículo 124 C.c., por lo que no tendría mucho sentido la elección del testamento público notarial en lugar del simple documento público si lo único que trata el autor es reconocer la filiación. Distinto es si el testamento contiene, además, otras disposiciones, pues serviría como vehículo formal permitido por el artículo 120.1º C.c.

Pasemos ahora a estudiar la eficacia del reconocimiento, único contenido del testamento, otorgado con la intención de testar, que es, desde nuestro punto de vista, el supuesto más problemático.

Estaríamos en estos casos ante un auténtico testamento; primero, porque el artículo 741 C.c. preceptúa que es testamento el acto que contiene sólo un reconocimiento, y segundo, porque se cumple el requisito fundamental, a nuestro entender, para calificar el acto como

²¹¹ "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 166.

testamento: se reconoce para después de la muerte del otorgante, es decir, con intención de testar²¹². Las objeciones que pudieran hacerse (y que se hicieron por la doctrina antes de 1981) a su validez han quedado desechadas por el precepto citado. Así, aunque no consideremos el reconocimiento como disposición *mortis causa*, el artículo 741 C.c. admite expresamente que es testamento el acto que sólo contiene un reconocimiento. Igualmente, el precepto excepciona la revocabilidad esencial de todo testamento para el que contiene sólo un reconocimiento: si la única disposición que integra el testamento es un reconocimiento, y éste es irrevocable, lógicamente se deduce que el testamento es también irrevocable. O dicho con otras palabras, el reconocimiento, con la forma que se ha elegido para hacerlo público, es irrevocable, y esa irrevocabilidad la comunica al testamento que lo contiene²¹³. Por último, el artículo 741 C.c. ha "legalizado" la validez de los testamentos sin disposiciones patrimoniales: la patrimonialidad, si bien con anterioridad podía discutirse, en la actualidad no es requisito esencial del testamento. Habrá un testamento válido aunque no contenga ninguna disposición de bienes.

Para seguir avanzando en el estudio del reconocimiento testamentario que tratamos ahora, recordemos las notas distintivas que, según señalábamos al diferenciar reconocimiento y testamento, caracterizan a este último acto: disposición *mortis causa*, revocabilidad, patrimonialidad, eficacia *post mortem* e intención de testar. Acabamos de indicar que, en base

²¹² Por supuesto, deben cumplirse los requisitos de forma, capacidad, etc., exigidos para la validez de todo testamento, pero esto no interfiere en nuestro estudio.

²¹³ Al admitir el art. 741 C.c. la validez de los testamentos que contienen sólo un reconocimiento y, por ende, su irrevocabilidad, ha quedado sin fundamento una de las argumentaciones esgrimidas por BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 200, en contra de los reconocimientos contenidos en testamento. Se expresaba así el citado autor en 1965: "si el acto con forma de testamento no contiene otra cláusula que el reconocimiento de un hijo natural, la consecuencia no puede ser otra sino la de que existiría un testamento, revocable por esencia y por mandato legal, que aquí sería irrevocable... por voluntad de las partes. Forzosamente quedaría, de manera automática, incurso en la sanción de nulidad del artículo cuarto del Código civil, en cuanto que iría en contra de lo dispuesto en la ley sin que conste por lado alguno la excepción que el mismo precepto deja a salvo de que la propia ley permita su validez".

al artículo 741 C.c., se puede considerar testamento el acto que contiene sólo un reconocimiento aunque no se den las tres primeras notas señaladas. Previamente, ya habíamos anticipado que la intención de testar, en el caso concreto la intención de reconocer para después de la muerte del testador, no podía faltar si queríamos calificar el acto como testamento. Hay testamento porque el disponente quiere reconocer para después de su muerte. ¿Y qué pasa con el último requisito o nota característica de un testamento, es decir, la eficacia *post mortem*?

En este supuesto, no parece posible eludir la eficacia *post mortem* del reconocimiento, al menos como reconocimiento contenido en testamento. En efecto, al ser aquél la única disposición testamentaria sería un contrasentido hablar de un testamento que fuese eficaz en vida de su autor. Cuando el testamento contiene otras disposiciones, se puede defender que el reconocimiento, como acto *inter vivos* no susceptible de sometimiento a término ni condición, tenga eficacia inmediata en base a las razones, acertadas o no, que hemos manejado: el resto de las disposiciones serían, en todo caso, eficaces a la muerte del testador, con lo que se respetarían la naturaleza del testamento y la naturaleza del reconocimiento. Con dichas razones hemos tratado de encontrar el equilibrio entre dos instituciones tan dispares como el testamento y el reconocimiento. Pero no encontramos ninguna razón que valga para sostener la eficacia inmediata del reconocimiento si es el único contenido de un auténtico testamento, es decir, otorgado con intención de testar. La naturaleza de este negocio jurídico, si bien puede soportar la irrevocabilidad, la no patrimonialidad e, incluso, la no disposición *mortis causa* (en el sentido que le damos a esta expresión en el presente trabajo), pues así lo permite la Ley, no soportaría la eficacia inmediata. La figura del testamento, dándole esta eficacia al reconocimiento que es su única disposición, quedaría totalmente desnaturalizada.

Por otra parte, la eficacia *post mortem* es la que se deriva de la intención de testar que

empuja al autor del reconocimiento. El reconocedor quiere que éste sólo sea eficaz a su muerte: por eso utiliza la forma testamentaria y por eso el testamento es válido. Dándole eficacia inmediata a su reconocimiento se desconocería su voluntad, voluntad que, sin embargo, le exige la Ley para que haya un válido testamento. En este punto relacionado con la voluntad del reconocedor-testador tenemos que matizar algo. Los efectos del reconocimiento se derivan de la Ley, no de la voluntad del reconocedor: una vez declarada esta voluntad de reconocer, el acto surtirá los efectos predeterminados por la Ley, los quiera o no, los conozca o no, el reconocedor. Si asociamos la eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario con la voluntad del testador de reconocer para después de su muerte, parece que los efectos que produciría el reconocimiento serían los efectos queridos por su autor, no los predeterminados por la Ley. Pero en este caso no queda más remedio que estar a esa voluntad del reconocedor, y admitir la eficacia que conlleva, pues a la vez es voluntad de testar, voluntad sin la que no habría testamento²¹⁴.

Por tanto, la eficacia *post mortem* de este tipo de reconocimientos, que son el único contenido de un testamento, se deriva de la propia naturaleza del acto que los formaliza, de la intención de testar (intención de disponer para después de la muerte) exigida por la Ley. Es el único supuesto en el que se identifican testamento y reconocimiento, comunicándose la eficacia *post mortem* del testamento al reconocimiento²¹⁵.

²¹⁴ Repetimos que no nos parece aceptable la tesis de tener por no puesta la condición o el término que conlleva la intención de testar, la intención de disponer para después de la muerte, pues si el reconocimiento es el único contenido del testamento se desnaturalizaría esta figura negocial.

²¹⁵ Sólo para este supuesto de reconocimiento contenido en testamento que no incluye otras disposiciones, efectuado con intención de testar, nos parecen acertadas las afirmaciones de CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 203, sobre la eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario en general. La autora afirma, refiriéndose, insistimos, a todo reconocimiento testamentario, que "si el reconocimiento otorgado en testamento fuese eficaz antes de la muerte del testado, no podríamos calificar dicho reconocimiento de testamentario; nos encontramos ante un reconocimiento otorgado en otro tipo de acto, puesto que nunca puede denominarse testamento al acto por el que una persona dispone para después de su muerte y cuya eficacia es <<inter vivos>>". E igualmente nos parece defendible, aplicado al supuesto de

Es criticable esta solución a la que nos lleva la propia Ley, pero no queda más remedio que aceptarla al adquirir carta de naturaleza los testamentos que contienen sólo un reconocimiento en el artículo 741 C.c. Criticable porque estaríamos ante un reconocimiento válido como título de determinación legal de la filiación, válido como cualquier otro reconocimiento contenido en documento público, que no desplegará sus efectos, que no determinará la filiación, hasta el fallecimiento de su autor. A nuestro entender, atenta contra el principio de igualdad que preside el régimen de la filiación: los hijos no matrimoniales reconocidos en documento público podrán tener determinada su filiación inmediatamente después de efectuarse el reconocimiento, mientras que los hijos no matrimoniales reconocidos en testamento abierto notarial (también documento público) tendrán que esperar a la muerte del reconocedor para que tenga efectos el reconocimiento como título de determinación legal de la filiación. Se da la posibilidad al reconocedor de incumplir los deberes de asistencia para con su hijo eligiendo una forma de reconocimiento válida para determinar la filiación.

Para tratar de salvar esta consecuencia contraria a la Constitución, esta exclusiva eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario que no va unido a otras disposiciones, las dos únicas posibilidades que se presentan son:

- Acudir a la vía judicial para que se declare por sentencia firme (art. 120.3º C.c.) la filiación, en base a tal reconocimiento, con los perjuicios que ello conlleva para el hijo, que sería el que tendría que interponer la demanda de reclamación de paternidad o maternidad²¹⁶.

reconocimiento testamentario que comentamos, el argumento utilizado para soslayar la contradicción entre la naturaleza pura del reconocimiento, como institución de Derecho de familia, y su eficacia *post mortem*: "indirectamente es el Código civil el que establece la excepción, esto es, que un reconocimiento de hijo pueda no tener una inmediata eficacia, puesto que permite que dicho reconocimiento sea otorgado en testamento, acto <<mortis causa>> que comienza a tener eficacia a la muerte del testador"

²¹⁶ Puede trasladarse aquí la siguiente afirmación, que compartimos, de QUESADA GONZÁLEZ, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVII-II, 1994, págs. 258-259: "el ordenamiento jurídico prefiere que la filiación no matrimonial se determine mediante reconocimiento -de ahí que el reconocimiento se enumere en el art. 120 C.c. como primer modo de

Esta solución es la que ha ofrecido al problema de la eficacia del reconocimiento testamentario, *inter vivos* o *post mortem*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993²¹⁷: en el Fundamento de Derecho tercero, argumenta que, efectuado un reconocimiento de paternidad de hijo menor de edad en testamento notarial abierto, <<el reconocimiento en sentencia firme (art. 120.3º del CC) se hacía necesario para obtener la inscripción en el Registro Civil de la filiación no matrimonial de que se trata que, de otra manera, se demoraría hasta la defunción del padre (art. 188 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil)>>²¹⁸.

- Considerar que el testamento notarial abierto, además de testamento, con eficacia *post mortem*, es documento público, con eficacia *inter vivos*. Esta segunda posibilidad es la que vamos a estudiar a continuación, pudiendo enfocarse la cuestión de la eficacia inmediata del reconocimiento como contenido en documento público desde dos puntos de vista²¹⁹:

1º El reconocimiento contenido en testamento notarial abierto podrá tener eficacia inmediata si el autor procede a su conversión en documento público.

2º El reconocimiento contenido en testamento notarial abierto podrá tener, en todo caso, eficacia inmediata como contenido, a su vez, en documento público.

determinación y que sea regulado antes que las acciones de filiación-, porque lo lógico y práctico es propiciar la determinación extrajudicial de la filiación, pues de un lado, la judicial es más complicada y cara (en trámites, energías procesales y dinero) por lo que debe ser evitada siempre que sea posible; y, de otro, cuando se suscita contienda ante los Tribunales, las relaciones entre progenitor e hijo, por resultar forzadas, pierden en espontaneidad, naturalidad y afecto, siendo éste un factor importante para el desarrollo de la personalidad del hijo".

²¹⁷ RJA 1993, 9874.

²¹⁸ Nos remitimos, para un comentario crítico de esta Sentencia, a QUICIOS MOLINA, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 34, págs. 213 y ss.

²¹⁹ En ambos hablamos de testamento abierto notarial porque es la única clase de testamento que en vida de su autor es ya documento público.

Que el reconocimiento contenido en testamento pueda ser eficaz en vida de su autor sólo si éste convierte el testamento en mero documento público²²⁰ nos parece insostenible.

La primera objeción que puede oponerse es que resulta discutible que sea el reconocedor el que elija si su reconocimiento tiene eficacia inmediata o eficacia *post mortem*. Por lo menos, en nuestra opinión, resulta llamativo y perturbador que sea la voluntad del reconocedor la que decida el momento en que tendrá eficacia su reconocimiento. Si el reconocimiento se configura como un acto jurídico cuyos efectos se derivan *ex lege*, independientemente de la voluntad de su autor, en el caso del reconocimiento testamentario y de su conversión en reconocimiento en documento público no se ve tan claro que los efectos no se deriven de la voluntad del que reconoce. El reconocimiento, como acto jurídico en sentido estricto, cuyos efectos los determina directamente la Ley, se caracteriza porque la voluntad del reconocedor sólo se tiene en cuenta a la hora de efectuar la declaración en que consiste dicho reconocimiento: una vez efectuada, sus efectos se derivarían al margen de la voluntad del sujeto.

La eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario, que coincide con la deseada por el reconocedor, viene impuesta, más que por la voluntad del reconocedor, por exigencias legales, pues en otro caso se desnaturalizaría completamente la institución del testamento. Pero

²²⁰ Tesis defendida por CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 203, quien partiendo de que la Ley no ofrece dos simples formas para reconocer (testamento y documento público), a utilizar indistintamente, sino dos regímenes distintos: el reconocimiento en testamento tendrá eficacia *post mortem* y el reconocimiento en documento público, eficacia inmediata, escribe que "si una persona pretende reconocer un hijo, con una eficacia inmediata, puede utilizar la vía del documento público, aunque si reconoce en testamento también podrá tener una inmediata eficacia pero sólo en el caso de que proceda su conversión en documento público". Continúa diciendo que "sólo podrá proceder la conversión entre estos dos actos, testamento y otro documento público, en el caso del testamento notarial abierto, puesto que sólo él en vida del testador tiene este carácter" (ob. cit., pág. 205), y sin estudiar más a fondo la problemática de la conversión, por ejemplo, qué clase de conversión sería, concluye que "en este supuesto parece que sólo el testador podrá utilizar su testamento como documento público para que el reconocimiento pueda tener una inmediata eficacia, para lo cuál además deberá obtener los consentimientos y autorizaciones establecidos por el artículo 124.1 del Código civil si el reconocido es menor; esto es, el consentimiento de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal y del progenitor legalmente conocido" (ob. cit., pág. 206).

que la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario convertido en reconocimiento en documento público dependa de la voluntad del reconocedor no parece justificarse en la Ley. La regla general es que la función que cumple la voluntad del reconocedor acaba una vez efectuado el reconocimiento: si tiene eficacia *post mortem* el testamentario²²¹ es porque puede deducirse esa eficacia de la Ley, que es la que predetermina su régimen jurídico. Y, en el mismo sentido, si puede ser eficaz *inter vivos*, no como reconocimiento testamentario, sino como reconocimiento en documento público, será porque puede deducirse esa eficacia de la Ley, y quiera o no el reconocedor los efectos inmediatos de su reconocimiento, éstos se producirán. En resumen, no nos parece convincente que la conversión de un testamento en otro documento público pueda producirse sólo por voluntad del testador o, dicho de otro modo, que sólo el testador pueda utilizar su testamento como documento público para que el reconocimiento pueda tener eficacia inmediata.

Un segundo apunte que puede hacerse a la tesis de la conversión del testamento en documento público podría incidir sobre la clase de conversión que se produciría. Parece que sería formal, pues con una u otra forma el acto jurídico sería el mismo: un reconocimiento de filiación. La forma testamentaria abierta notarial incorpora, tiene en sí, la forma de documento público, porque el testamento abierto notarial es documento público. De lo que se prescindiría al operar la conversión sería de la intención de testar, de la intención de reconocer para después de la muerte del otorgante del acto, o, lo que es lo mismo, de la intención de que el reconocimiento sea eficaz a la muerte del reconocedor, pues esta intención es lo que diferencia un testamento de otro documento público.

²²¹ Como anteriormente hemos señalado, en nuestra opinión esta eficacia sólo la tendría el reconocimiento contenido en un testamento que no incluye otras disposiciones.

Esta idea nos introduce en la segunda forma mencionada de enfocar la posibilidad de que el reconocimiento en testamento tenga eficacia inmediata como contenido en documento público. Decíamos que podía pensarse que el reconocimiento contenido en testamento notarial abierto podrá tener, en todo caso, eficacia inmediata porque está contenido ya en un documento público. Es la interpretación que cabe dar a la siguiente afirmación de PEÑA: "el hecho de que pueda haber reconocimientos hechos en testamento que ya desde el principio valgan como si hubieran sido hechos en documento público [los contenidos en testamento notarial abierto], no debe ocultar el especial carácter y régimen del reconocimiento efectuado en testamento en cuanto acto de última voluntad, es decir, en cuanto acto que tiene su peculiar eficacia después de la muerte del causante. Antes de la muerte del causante el reconocimiento ya efectuado tendrá el valor correspondiente a los reconocimientos hechos en cualquier otro documento. Sólo después de la muerte del causante puede hablarse propiamente de reconocimiento hecho en testamento"²²². Así pues, en vida del autor del reconocimiento, éste valdrá como reconocimiento en documento público, y sólo tras su muerte valdrá como reconocimiento testamentario. La eficacia inmediata no se produciría únicamente cuando el reconocedor convierte su testamento en documento público, sino en todo caso, pues el testamento ya es documento público.

Esta creemos que es la solución más adecuada para resolver el problema de la eficacia de un reconocimiento, único contenido de un testamento, respetando la naturaleza jurídica de los dos actos: no podremos hablar de reconocimiento testamentario si éste llega a tener eficacia *inter vivos*, pues el testamento no puede ser eficaz hasta después del fallecimiento de su autor, pero sí podremos hablar de reconocimiento en documento público, teniendo en cuenta

²²² *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916. PEÑA reitera después, refiriéndose a los reconocimientos de menores o incapaces y a su eficacia en vida del testador, que "si se testa ante Notario, el reconocimiento tiene ya la fuerza del hecho en documento público" (ob. cit., pág. 930).

únicamente la escritura pública en que se da a conocer dicho reconocimiento. Con esta solución, además de adecuar la naturaleza pura del reconocimiento a la forma testamentaria, tratamos fundamentalmente de que triunfe el interés de los hijos en tener establecida su filiación lo antes posible. Si se puede hablar de una obligación, a cargo del padre y de la madre, de reconocer a sus hijos²²³, de proporcionarles la prueba necesaria de la existencia de la filiación²²⁴ para que se beneficien, si fuese posible desde el nacimiento mismo, de los efectos de una filiación determinada, con mayor razón habrá que interpretar la Ley en el sentido más favorable al cumplimiento y eficacia inmediatos de esa obligación. Por este motivo nos parece fundamental el papel que cumple el artículo 254 del Reglamento Notarial, que obliga a los Notarios a expedir testimonio de los reconocimientos que autoricen: de esta manera los contenidos en testamento abierto serán conocidos y podrán desplegar sus efectos inmediatamente, si concurren los consentimientos necesarios.

4.2. Reconocimiento en testamento y reconocimiento en documento público.

4.2.1. Unicidad o pluralidad de regímenes jurídicos dependiendo de la forma del reconocimiento.

Relacionando el reconocimiento con el testamento en que se contiene hemos llegado a algunas conclusiones. Estudiemos ahora otra idea que también puede tener incidencia en el tema que nos ocupa de la eficacia del reconocimiento testamentario. El reconocimiento contenido en documento público tiene eficacia inmediata y, en cambio, el contenido en testamento notarial abierto, también documento público, puede pensarse que la tiene *post*

²²³ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 228.

²²⁴ Sostienen CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, ob. cit., pág. 274, que no es exagerado incluir dentro de la obligación de alimentar, mantener y educar a sus hijos que tienen todos los padres, matrimoniales o no matrimoniales ("légitimes ou naturels"), según el art. 203 del Código civil francés, el deber de procurar ("ménager") al hijo que no puede hacerlo él mismo la prueba de su filiación, que en el caso de la filiación no matrimonial se traduciría en un acto voluntario y auténtico de los padres, es decir, un reconocimiento.

mortem. Se ha defendido a este respecto que en el artículo 120.1º C.c. se recogen dos formas distintas de reconocimiento: el testamento y el documento público, cada una con un régimen jurídico propio y, por tanto, con eficacia distinta (*post mortem* e inmediata, respectivamente) porque así lo permite la Ley. Testamento y documento público son más que simples formas que se puedan emplear indistintamente para reconocer, pues si se acude al testamento, a la forma testamentaria, el reconocimiento se someterá al régimen testamentario²²⁵.

Esta conclusión, a nuestro entender, es criticable por ser contraria al interés de los hijos en tener establecida su filiación y gozar de los derechos que comporta la relación paterno-filial. De nuevo volvemos a señalar que podrían considerarse infringidos el artículo 39.3 de la Constitución y el principio de igualdad que preside todo el régimen legal de la filiación. En efecto, al otorgar al reconocedor la posibilidad de elegir entre reconocer en documento público (escritura pública) o reconocer en testamento notarial abierto (también escritura pública²²⁶), ambas formas igualmente auténticas, en un caso se cumpliría inmediatamente el deber de asistencia que obliga a los progenitores para con sus hijos y en el otro se diferiría el cumplimiento de este deber a un momento posterior. Al considerar que la forma pública testamentaria y el documento público ofrecen dos regímenes jurídicos distintos de reconocimiento, se pone en manos del reconocedor la facultad de incumplir su deber de asistencia: dependiendo de la voluntad de la persona que reconoce, el reconocimiento puede

²²⁵ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 202. CALDERÓN, "Reconocimiento de hijos naturales por testamento", ob. cit., pág. 303, ya se manifestó en contra de que los diversos actos de reconocimiento regulados en el art. 131 (hoy art. 120.1º) del Código civil debieran surtir iguales efectos: "el Código deja, como no puede ser menos, los efectos propios del testamento para las disposiciones que a este acto conciernen". En cambio, NOVOA SEOANE, "El testamento como ley de sucesión...", ob. cit., pág. 297, sostuvo que la modalidad o forma del reconocimiento no puede influir en sus efectos.

²²⁶ RODRÍGUEZ ADRADOS, "El documento en el Código civil", ob. cit., pág. 245, escribe que "en el testamento abierto común la manifestación de voluntad del testador tiene que hacerse necesariamente por escrito en la escritura pública de testamento"

tener eficacia inmediata o sólo eficacia *post mortem*²²⁷. Si el progenitor no quiere cumplir con sus deberes paternos en vida (apellidos, alimentos, convivencia, etc.) pero sí asegurar que a su muerte quedará determinada la filiación, le basta con reconocer en testamento notarial abierto para quedar exonerado, exoneración que le permitiría la propia Ley.

Una interpretación del régimen jurídico del reconocimiento que suponga afirmar que "si una persona pretende reconocer un hijo, con una eficacia inmediata, puede utilizar la vía del documento público"²²⁸ y si lo que pretende es reconocer un hijo limitando sus efectos hasta después de su muerte puede utilizar la vía del testamento, no creemos que se adapte a la Constitución ni proteja los intereses del hijo. ¿Realmente quiere la Ley que sea el reconocedor el que decida cuándo queda determinada la filiación? No hay que olvidar que la autenticidad que busca garantizar el artículo 120.1º C.c. con las solemnidades que exige para reconocer se cumplen en un testamento notarial abierto, igual que en cualquier otro documento público. Además de autenticidad el reconocimiento contenido en esta clase de testamento tiene publicidad, puede ser conocido, porque sigue vigente el artículo 254 del Reglamento Notarial, según el cual <<los Notarios expedirán testimonio de los reconocimientos de hijos no matrimoniales hechos en testamento para su anotación marginal en el Registro civil>>.

El artículo 254 del Reglamento Notarial cabe tenerlo en consideración desde otro punto de vista. Si se mantiene la eficacia inmediata del reconocimiento contenido en testamento

²²⁷ Al hilo de esta idea, hay que decir que manteniendo esta tesis se podría ver afectada la consideración de la naturaleza jurídica del reconocimiento. Si la Ley prevé dos formas distintas de reconocimiento para diferenciar su régimen jurídico, estaría valorando la voluntad del reconocedor a la hora de establecer los efectos del reconocimiento. Es la voluntad del reconocedor, eligiendo una forma u otra, la que decide si el reconocimiento tendrá eficacia inmediata o *post mortem*. La autonomía de la voluntad juega un papel mayor que si sólo se tuviese en cuenta la intención de reconocer o la intención de reconocer para que quede determinada la filiación. La eficacia del reconocimiento depende de la voluntad del reconocedor, por lo que parece más bien que estamos ante un negocio jurídico y no ante un acto jurídico en sentido estricto. Es cierto que el reconocedor no establece cuáles sean esos efectos (delimitados por la Ley), pero sí puede decidir cuándo se producirán.

²²⁸ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 203.

notarial abierto, puede jugar un importante papel la regla contenida en el citado precepto, garantizando dicha eficacia: si el Notario no estuviera obligado a expedir testimonio del reconocimiento, podría no tener efectos inmediatos si el reconocedor así lo quiere, pues no habría posibilidad de conocer o, aun conociendo el contenido del testamento, de presentar ante el Encargado del Registro ese reconocimiento para su inscripción.

Otro argumento a favor del establecimiento de un mismo régimen jurídico para cualquier reconocimiento, ya se contenga en testamento abierto notarial o en documento público, puede extraerse del propio tenor literal del artículo 120.1º C.c. Como hemos dicho al tratar el tema de las clases de testamento aptas para contener un reconocimiento que determine la filiación, se establece una vinculación entre testamento y documento público. Se puede reconocer <<en testamento o en otro documento público>>, por tanto, el testamento debe ser documento público para que pueda quedar determinada la filiación. Siguiendo con el razonamiento, podría entenderse que la vinculación entre documento público y testamento se extiende también al régimen jurídico al que quedan sometidos los reconocimientos contenidos en testamento o en otro documento público: este régimen sería el mismo, a salvo de las excepciones expresamente previstas en sede de filiación, como es el caso del reconocimiento de hijo menor o incapacitado al que alude el párrafo segundo del artículo 124 C.c.

Pensamos, en consecuencia, que el legislador ha querido recoger sólo dos modalidades de reconocimiento, que gozan de la suficiente autenticidad para poder hacer descansar en ellas el establecimiento de la filiación por la sola voluntad del reconocedor: la declaración ante el Encargado del Registro y el documento público, y sólo por su especialidad o a los meros ejemplos ejemplificadores se distinguiría el testamento de cualquier otro documento público.

Por tanto, todo reconocimiento contenido en documento público, aunque éste sea testamento, estaría sometido a un mismo régimen jurídico.

La duda surge cuando nos preguntamos por la razón que ha llevado al legislador a distinguir, y mencionar expresamente, el testamento. Quizá sólo se trate de mimetismo histórico, unido a la especial consideración de las semejanzas que existen entre testamento y reconocimiento, que hacen de aquel acto, con independencia de su eficacia, un medio especialmente adecuado para contener un reconocimiento: tanto uno como otro son actos unilaterales, personalísimos y, sobre todo, formales. El reconocimiento de hijo, acto solemne que determina la filiación (de cuya trascendencia debe ser muy consciente su autor), se aprovecharía así de las formalidades testamentarias.

En contra de este argumento basado en la literalidad del artículo 120.1º C.c., "que sugiere la equivalencia cuando habla de <<testamento o en otro documento público>>, y erige lo primero en un arquetipo legal ad exemplum de lo segundo"²²⁹, se ha sostenido por DURÁN RIVACOBÁ que el testamento "es siempre algo más que un mero documento público" y que "como tal se concibe con independencia de sus formalidades externas, que sólo añaden en los casos legalmente previstos un plus a las garantías legales establecidas ad cautelam de la plena libertad de su otorgante, permaneciendo ajena en lo relativo a la materialidad del acto", y que "si ello se hubiera querido decir se aludiría sin más preambulos exclusivamente a <<documento público>>"²³⁰. Efectivamente, el testamento es algo más que un mero documento público, pero ese "algo más", la sustantividad material del testamento, carece de relevancia de cara al régimen jurídico del reconocimiento si reparamos en que lo que recoge el artículo

²²⁹ DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 159.

²³⁰ "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 160.

120.1º C.c., lo que trata de regular, son las formas a través de las cuales se puede manifestar el reconocimiento que funciona como título de determinación legal de la filiación. Lo determinante es la forma del testamento, idónea para reconocer, no la sustancia del testamento.

4.2.2. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por otra parte, la doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido en sus últimas resoluciones parece contraria a diferenciar el régimen jurídico del reconocimiento según conste en documento público o en testamento, por lo menos antes de la muerte del reconocedor. Así, en la Resolución de 22 de julio de 1985²³¹, se razona que "el privilegio excepcional ligado al testamento por el párrafo segundo de este artículo (art. 124 C.c.) únicamente se justifica cuando, por haber fallecido el testador, no puedan aprovecharle los beneficios derivados del reconocimiento, mientras que en vida de éste *el tratamiento del reconocimiento testamentario ha de ser el mismo que el del efectuado en escritura pública*"²³². Se deduce de esta resolución que el régimen a que están sometidos los reconocimientos en testamento y los reconocimientos en documento público, en vida del testador, es el mismo, con independencia de la forma que se haya elegido para reconocer: "la elección por el que afirma ser el padre, de la forma testamentaria para el reconocimiento no puede implicar, por ese solo hecho, que desaparezcan automáticamente los requisitos generales establecidos para la eficacia del reconocimiento de un menor por el párrafo primero del art. 124".

Alguien ha considerado que esta resolución "está manifestando que o bien el reconocimiento se otorga en testamento con la consecuencia de ser eficaz a la muerte del otorgante, y por tanto y en ese caso, no son necesarios los requisitos complementarios del otorgado en documento público o bien se otorga en este último con dichos requisitos y con

²³¹ RJA 1985, 5265.

²³² La cursiva es nuestra.

eficacia inmediata"²³³. Sinceramente, no creemos que quepa deducir esto de la literalidad de la citada resolución, sino que, por el contrario, para la Dirección General de los Registros el reconocimiento testamentario puede tener eficacia en vida del testador cumpliendo los requisitos del primer párrafo del artículo 124 C.c. Aparte de las afirmaciones ya citadas, la Resolución de 22 de julio de 1985 dice también que "no debería haberse practicado la inscripción de este reconocimiento desprovisto de eficacia hasta que ésta no se alcanzara, lo que podría suceder, durante la minoría de edad del reconocido, por fallecimiento del testador, por concurrir la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal de aquel, o bien, después de la mayoría, si sobreviene el consentimiento expreso o tácito del reconocimiento (cfr. art. 123 del C.c.)". Lo único que deducimos de estas citas es que, en vida del testador, el reconocimiento testamentario debe recibir el mismo tratamiento que cualquier otro reconocimiento contenido en documento público, no que el reconocimiento contenido en testamento sólo tiene eficacia *post mortem*. La resolución que comentamos no dice que al ser el reconocimiento testamentario únicamente eficaz a la muerte del testador se le aplica el régimen del segundo párrafo del artículo 124 C.c., sino que sólo a la muerte del testador no puede beneficiarle el reconocimiento y, por tanto, sólo después de su fallecimiento cabrá la excepción regulada en el artículo 124, párrafo segundo, C.c.²³⁴.

La Resolución de 16 de mayo de 1986²³⁵ creemos que es todavía más rotunda a la hora de afirmar un mismo régimen para cualquier reconocimiento con independencia del medio

²³³ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 211.

²³⁴ Así interpreta también esta resolución POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 120, sosteniendo que sentó dos principios fundamentales: el reconocimiento testamentario puede tener eficacia antes de que fallezca el testador si concurren los requisitos complementarios exigidos por el art. 124, párrafo 1º, C.c., como si se tratara de un reconocimiento realizado en escritura pública; si se pretende hacer eficaz un reconocimiento testamentario una vez fallecido el testador, no necesitará ningún requisito complementario, y determinará, por sí solo, la filiación no matrimonial.

²³⁵ RJA 1986, 3038.

formal que se haya utilizado²³⁶. Nos encontramos con que para la Dirección General de los Registros "*la eficacia del reconocimiento testamentario en vida de su autor*, está subordinada a la obtención del consentimiento, o de la aprobación prevenida en el art. 124-I del Código civil, toda vez que como ya declarara esta Dirección General en Resolución de 22 de julio de 1985, el trato privilegiado que el párrafo segundo del precepto citado da al reconocimiento se limita al que pretende su inscripción después de fallecido el testador, pues por un lado éste ya no podrá beneficiarse de sus efectos, y además, la solución contraria implicaría que *la simple elección de una u otra opción formal llevaría a un tratamiento sustantivo diferente del reconocimiento*, en detrimento de las garantías concedidas al progenitor que ya había reconocido la filiación"²³⁷. En esta resolución se utiliza un argumento muy interesante para igualar el reconocimiento testamentario y el reconocimiento en documento público respecto a la exigencia de consentimiento o aprobación judicial para su eficacia, argumento que podría recogerse para igualar ambos reconocimientos en cuanto a su eficacia inmediata. Si el reconocimiento testamentario sólo tiene eficacia *post mortem* y el reconocimiento en documento público siempre *inter vivos* o inmediata, se produciría un tratamiento sustantivo diferente del reconocimiento por la simple elección de una u otra elección formal. La eficacia del reconocimiento forma parte de ese tratamiento sustantivo del reconocimiento, y se refiere tanto al momento en que se producirán los efectos como a los requisitos necesarios para que se produzcan²³⁸.

²³⁶ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 212, no obstante, vuelve a recalcar que en esta resolución el criterio de la Dirección General es claro, a saber, "que puede otorgarse el reconocimiento de un hijo menor bien en documento público, bien en testamento, cada tipo de acto con un régimen determinado".

²³⁷ La cursiva es nuestra.

²³⁸ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 120-121, resume así la interpretación del art. 124, párrafo 2º, C.c. que se deduce de las dos citadas resoluciones: "El reconocimiento testamentario de un menor o incapaz no requería de los requisitos complementarios en el caso de que hubiese fallecido el testador.

Esta doctrina de la Dirección General es la que, a nuestro entender, ha recogido el artículo 188 del Reglamento del Registro civil tras su reforma de 1986, aunque algunos autores interpretan que se está admitiendo la exclusiva eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario²³⁹. Por nuestra parte, no creemos que se pueda deducir esta eficacia del precepto señalado, como tampoco, según hemos razonado, que se pueda deducir de las resoluciones de la Dirección General de los Registros comentadas. Tanto en dichas resoluciones como en el artículo 188 R.R.c. lo que se establece es que el reconocimiento contenido en testamento necesitará el consentimiento del representante legal del menor o incapaz o la aprobación judicial para ser eficaz en vida del testador, y sólo después de su fallecimiento cabrá inscribirlo sin tales requisitos. En efecto, el artículo 188 R.R.c. pone la inflexión en la no necesidad de consentimiento o aprobación judicial cuando ha fallecido el testador, pero de ahí no cabe deducir que no tenga eficacia inmediata el reconocimiento testamentario si recaen ese consentimiento o la aprobación judicial²⁴⁰.

De hecho, con posterioridad a la reforma del artículo 188 R.R.c., la Dirección General de los Registros ha seguido manteniendo la misma doctrina en las resoluciones de 13 de enero de 1987²⁴¹, 14 de diciembre de 1989²⁴² y 12 de febrero de 1993²⁴³.

Pero en vida de su autor, tal reconocimiento sólo era eficaz si concurrían dichos requisitos, al igual que el realizado en escritura pública".

²³⁹ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 124, entiende que del primer párrafo del art. 188 R.R.c. "parece inferirse que el reconocimiento sólo es inscribible cuando conste en testamento (sin alusión a forma) si se acredita la defunción del autor del reconocimiento", y CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de filiación*, ob. cit., pág. 213, señala que el criterio que siguen las resoluciones vistas de la Dirección General de los Registros, recogido en la nota 235 del presente trabajo, "ha sido el adoptado por la Reforma del Reglamento de la Ley del Registro civil"

²⁴⁰ En el mismo sentido se pronuncia POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 121: "si se pretende que el reconocimiento testamentario tenga eficacia antes del fallecimiento de su autor, será necesario que lo consienta el representante legal o lo apruebe el Juez, como si se tratase de un reconocimiento realizado en escritura pública (lo que implica que el testamento debe ser notarial abierto)"

²⁴¹ RJA 1987, 2257.

4. Revocación y nulidad del testamento.

El artículo 741 C.c. se trae a colación por los autores para dar un fundamento legal a la irrevocabilidad del reconocimiento. Dicho precepto establece que <<el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo>>. Se concluye, generalizando, que si el reconocimiento contenido en testamento, acto por esencia revocable, es irrevocable, con mayor razón lo serán cualesquiera otros reconocimientos.

Pero si efectivamente se revoca el testamento en que se contiene un reconocimiento, ¿qué valor tendrá éste? ¿a qué se refiere la norma cuando establece que el reconocimiento no pierde su <<fuerza legal>>?²⁴⁴ Algunos de los autores consultados que han tratado el tema coinciden en afirmar que subsiste el testamento con el reconocimiento como único contenido. Así, NOVOA SEOANE mantiene que si el testamento revocado contiene otras disposiciones, "quedará sin efecto en todo menos en cuanto al reconocimiento; si se ha reducido la disposición a reconocer al hijo -como existen muchos casos-, la revocación carecerá de eficacia: es un caso sui generis de testamento que no puede ser destruido por la voluntad del testador"²⁴⁵. BELTRÁN DE HEREDIA también sostiene que "si el acto con forma de testamento no contiene otra cláusula que el reconocimiento de un hijo natural, la consecuencia no puede ser otra sino la de que existiría un testamento, revocable por esencia y por mandato legal, que aquí sería irrevocable... por voluntad de las partes"²⁴⁶, lo que provocaría su nulidad,

²⁴² RJA 1989, 9856.

²⁴³ RJA 1993, 1409.

²⁴⁴ Si no pierde su fuerza legal es porque el reconocimiento ya la tenía adquirida, como recalca NOVOA SEOANE, "El testamento como ley de sucesión...", ob. cit., pág. 297, apareciendo los problemas al estudiar en qué consiste dicha fuerza legal.

²⁴⁵ "El testamento como ley de sucesión...", ob. cit., pág. 297.

²⁴⁶ "Reconocimiento de hijo natural en testamento", ob. cit., pág. 200.

a juicio del autor. Por último, DE LA CÁMARA hace la siguiente afirmación refiriéndose al testamento ológrafo que contenga sólo un reconocimiento (extensible, pensamos, a cualquier clase de testamento): "el reconocimiento hecho en testamento ológrafo no determina la filiación, según se ha visto anteriormente, más que si, una vez muerto el testador, se procede oportunamente a su adveración o protocolización. Ocurrirá simplemente que, aun calificado de testamento ológrafo, se tratará de un testamento (sólo lo sería formalmente, claro está) irrevocable, toda vez que sólo contiene una declaración (el reconocimiento) irrevocable por su propia naturaleza"²⁴⁷.

A nuestro entender, el significado de <<fuerza legal>> puede variar si se considera el reconocimiento como disposición testamentaria o no. Si se mantiene la primera interpretación, la conclusión lógica es que, al revocar el testamento en que se contiene un reconocimiento, no se produce una revocación total, pues sigue subsistiendo una cláusula del testamento: la del reconocimiento, y precisamente con valor de testamento. Esta sería la conclusión que, entendemos, se deriva de la segunda solución mencionada por PEÑA tratando de explicar el sentido de <<fuerza legal>> del reconocimiento. Escribe dicho autor que "no obstante la revocación del testamento, el reconocimiento, que es irrevocable, vale como disposición testamentaria; por tanto está necesitada, en su caso, de la correspondiente adveración si el testamento en sí no está contenido en un documento público, y, una vez obtenida, valdrá como el reconocimiento hecho en testamento otorgado en documento público. Tal reconocimiento gozará del régimen de favor contenido en el art. 124-II C.c."²⁴⁸. La esencial revocabilidad del testamento quedaría cuestionada, pues, a pesar de la revocación, siempre quedaría como disposición testamentaria el reconocimiento.

²⁴⁷ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 452.

²⁴⁸ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 917.

Por el contrario, si el reconocimiento no se considera disposición testamentaria, por más que se incluya en un testamento, aquél tendrá su propio valor con independencia del acto en el que se halla contenido. El testamento podría revocarse en su totalidad, y el reconocimiento subsistiría como acto independiente, que al dejar de tener forma testamentaria se consideraría formalizado en el documento que sirviera de cauce al testamento revocado²⁴⁹. Con esta tesis no se niega la irrevocabilidad del reconocimiento, ya que el reconocedor no puede negar su declaración, pero la fuerza legal de este reconocimiento varía respecto de la primera interpretación anteriormente vista. Si no es disposición testamentaria y el testamento se revoca, el reconocimiento sólo vale lo que valga el documento en que se contenga. Si el testamento era notarial abierto, el reconocimiento tendrá la validez de un reconocimiento contenido en documento público, y si el testamento era cerrado u ológrafo quedará un reconocimiento contenido en documento privado. PEÑA explica esta solución, aunque no la contrapone exactamente a la que hemos mencionado anteriormente. En ésta, sostiene que el reconocimiento vale como disposición testamentaria, y en la otra, que el reconocimiento no pierde la fuerza legal que en el momento de la revocación tenga, es decir, "la correspondiente al tipo de documento en que se hizo"²⁵⁰. Se puede deducir de esta interpretación, extendiendo el razonamiento, que la fuerza legal de un reconocimiento, aunque se contenga en testamento, no es la de una disposición testamentaria.

No obstante, pensamos que, aunque el reconocimiento no es disposición testamentaria, cuando se otorga se hace en una determinada forma, y la fuerza legal de la que habla el

²⁴⁹ PORRAS IBÁÑEZ, "Testar y reconocer", ob. cit., pág. 358, afirma que "cuando se revoca el testamento con un reconocimiento, como único contenido, de filiación natural, este reconocimiento no pierde su fuerza legal, o sea tiene efecto desde el momento de la muerte del testador, pero no como reconocimiento hecho en testamento [...], sino como hecha, al ser mantenida, a través de otro medio de eficacia, por el mandato legal, a calidad de aparecer en documento del que no se había tenido noticia".

²⁵⁰ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 917.

artículo 741 C.c. es la del reconocimiento efectuado con esa forma determinada, de modo que puede entenderse que, a pesar de la revocación del testamento, permanece el reconocimiento formalizado en testamento.

El artículo 741 del Código civil establece igualmente que el reconocimiento no pierde su fuerza legal aunque sean nulas las demás disposiciones que contuviere.

A juicio de ALBALADEJO, este precepto "no salva al reconocimiento de nulidad por causa suya o del testamento, sino que sirve exclusivamente para resaltar algo tan obvio como que la nulidad de otras disposiciones testamentarias por causas atinentes a ellas, no afecta al reconocimiento"²⁵¹.

Se distingue, pues, entre nulidad del testamento en sí y nulidad de sus disposiciones concretas. Parece que el artículo 741 sólo prevé el segundo supuesto, la nulidad del resto de las disposiciones testamentarias, que no afectaría a la validez del reconocimiento. Pero si la nulidad afecta al testamento como tal, en su conjunto, no a alguna de sus disposiciones, parece que también será nulo el reconocimiento²⁵², al menos como reconocimiento en testamento, pues, como ya dijimos, el reconocimiento, al contenerse en otro acto o negocio jurídico como es el testamento, para ser válido necesita que éste también lo sea.

Ahora bien, el reconocimiento formalmente nulo por nulidad del testamento puede valer como reconocimiento en otro documento público si se cumplen los requisitos de validez de éste, o como medio de prueba a los efectos de la determinación legal de la filiación a través de sentencia firme (art. 135 C.c. en relación al art. 120.3º C.c.), o como circunstancia en la

²⁵¹ *Curso de Derecho civil*, IV, ob. cit., pág. 239.

²⁵² ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 427, considera nulo el reconocimiento cuando el testamento adolece de nulidad formal, caduca o de cualquier otro modo no es eficaz.

que puede basarse la resolución del expediente registral previsto en el artículo 120.2º C.c.²⁵³.

²⁵³ Así se pronuncian ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX, 2º, ob. cit., pág. 427, "el reconocimiento nulo por defecto de forma, o ineficaz por testamento caducado, etc, puede valer al menos como medio de prueba", y PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 916, "el testamento nulo por defecto de forma puede valer (conversión formal) como reconocimiento hecho en escritura pública, y, por tanto, con pleno valor de título de determinación legal de la filiación reconocida; y si también es defectuoso como escritura, podrá tener el valor, según el caso, de reconocimiento en documento indubitado (cf. arts. 120.2º C.c. y 49.1º L.R.c. y art. 1.223 C.c.) o, al menos, el de medio de prueba en juicio (cf. art. 135 C.c.), aunque ya no, directamente, el valor de título de determinación legal de la filiación"

CAPÍTULO III: SUJETO RECONOCEDOR

I INTRODUCCIÓN

Nos proponemos estudiar en este capítulo tanto la regla sobre capacidad para reconocer establecida en el artículo 121 del Código civil, como una cuestión previa a la capacidad para reconocer que es la misma posibilidad de efectuar el reconocimiento, es decir, la cuestión de que puedan existir supuestos en los que no se admita que determinadas personas, plenamente capaces, puedan reconocer a sus hijos con el fin de que su filiación quede determinada. Supuestos que no serían los evidentes e indiscutibles que pueden inferirse de la norma contenida en el artículo 113, párrafo segundo, C.c., que es expresión de la demanda biológica de que una persona sólo tiene una madre y un padre, o de la contenida en el artículo 134, párrafo segundo, C.c., expresión ésta de la eficacia definitiva de la cosa juzgada unida a la eficacia *erga omnes* de la determinación de la filiación.

Hay que decir que la única norma legal que, con carácter general, se refiere al sujeto reconocedor es la contenida en el artículo 121 del Código civil²⁵⁴, que puede entenderse regula

²⁵⁴ SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., págs. 652 y 653, resume el panorama legal y doctrinal anterior a la reforma señalando que "en su versión originaria, el Código no incluía norma específica, por lo que la doctrina, tras algunas opiniones divergentes, terminó polarizada hacia la admisión de la capacidad del menor, siempre que no fuese inverosímil el hecho de la paternidad; si el matrimonio -se argumentaba- funda la legitimidad desde la edad de pubertad (cfr. el derogado art. 83, 1º), parece lógico que, desde la misma edad -y, en particular, desde los 14 años de la testamentificación- se goce de capacidad para reconocer; al menos, en cuanto al reconocimiento hecho en testamento que no requiera edad superior a catorce años (cfr. art. 663, 1º); y cualquier distinción de tratamiento se consideró arbitraria" También puede encontrarse un buen resumen de la cuestión en DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 414: "nuestro Código civil antes de ser reformado no contenía ninguna disposición relativa a la capacidad para reconocer. En un principio, la doctrina había entendido que si el reconocimiento se efectuaba en testamento eran aplicables los artículos 662 y 663 del C.c. y, por consiguiente, el reconocimiento testamentario otorgado por un menor de edad mayor de catorce años debía reputarse válido. En cambio, si el reconocimiento se otorgaba fuera de testamento se entendía necesaria la mayoría de edad o el complemento de la capacidad del menor. La doctrina más moderna se había mostrado contraria a esta solución, que verdaderamente carecía de fundamento, pues ignoraba que el reconocimiento, aun hecho en testamento, no participaba de la naturaleza de disposiciones testamentarias propiamente dichas. Se aceptaba, por tanto, que el reconocimiento otorgado por

la capacidad necesaria para poder reconocer, aunque algún autor mantiene que, como reglamentadora de la capacidad, es imperfecta²⁵⁵. Y que, aunque tras la reforma de 1981 se admite como principio general que puede reconocer cualquier persona, esté o no casada, la filiación no matrimonial²⁵⁶, cumpliendo con lo establecido por el artículo 121 C.c., pueden imaginarse dos casos en los que cabe dudar de la anterior afirmación.

El primero se podría deducir del artículo 125 C.c., aplicable cuando resulta que los progenitores del menor o incapaz son hermanos o consanguíneos en línea recta. En este caso, determinada la filiación respecto de uno de los progenitores, la del otro sólo puede quedar determinada si concurre la previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. En relación al reconocimiento, es decir, si la segunda filiación se determina a través de este medio, la pregunta que se plantea es si este progenitor puede reconocer válidamente su filiación, aunque ésta no quede determinada si no se autoriza judicialmente, o bien es necesaria la autorización judicial para que el reconocimiento sea válido. Si se entiende que la limitación sólo opera a la hora de determinar la filiación reconocida, y que es para esto para lo que es necesaria la autorización judicial, pero no para poder reconocer, lo establecido por el artículo

un menor de edad, aun sin intervención de su representante legal, debía estimarse válido, siempre que en el menor concurriese la llamada <<capacidad natural>> que, lógicamente, habría que referir no sólo a la necesaria aptitud de discernimiento, sino también a la verosimilitud de la paternidad o maternidad"

²⁵⁵ SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 246, señala que "aunque el nuevo legislador no se ha preocupado de establecer una regla general sobre la capacidad necesaria para reconocer, en ausencia de la misma se entiende que puede reconocer cualquier persona que tenga capacidad. Sin embargo, si se han regulado los supuestos donde la persona que reconoce tiene limitada su capacidad de obrar"

²⁵⁶ Con anterioridad se mantenía que sólo podían ser reconocidos los llamados hijos ilegítimos naturales, a tenor del art. 129 C.c. antiguo, es decir, los procreados por personas que al tiempo de la concepción podían casarse entre sí. Por tanto, no podían reconocer a sus hijos extramatrimoniales los que estuviesen casados con persona distinta del otro progenitor en el momento de la concepción, a salvo lo establecido por el art. 130 C.c. antiguo, que presumía que el hijo era natural si su único reconocedor tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción. No obstante, a partir de un trabajo de DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, "Notas acerca de la filiación ilegítima no natural", en *Revista de Derecho Privado*, 1957, I, págs. 363 y ss., comenzó a defenderse que también los hijos ilegítimos no naturales podían ser reconocidos, si bien éstos sólo ostentaban un derecho de alimentos.

125 C.c. no supondría una prohibición legal, pues cualquier progenitor, sea cual sea su relación con el otro, podría reconocer válidamente. Y la autorización judicial vendría a cumplir la misma función que la aprobación judicial exigida por el artículo 124 C.c. o el consentimiento del hijo del artículo 123 C.c., es decir, afectaría a la eficacia de un reconocimiento válido, a la función determinadora de la filiación que cumple el reconocimiento. Bien es cierto que en unos casos se habla de aprobación y en otros de autorización, como si se tratase de un requisito posterior o anterior, respectivamente, pero esto no quiere decir que deba referirse en ambos casos al reconocimiento ese requisito anterior o posterior: la aprobación sí complementaría el reconocimiento, pero la autorización sería más bien un requisito previo de la determinación de la filiación. Dejamos apuntada aquí la cuestión para resolverla al estudiar en general el reconocimiento de hijo menor o incapacitado cuando los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta.

También es problemático el supuesto de la mujer casada que pretende reconocer a su hijo como no matrimonial, estando vigente la presunción de paternidad del marido²⁵⁷. Caben distinguir, a este respecto, dos hipótesis: que el reconocimiento materno se realice sin estar determinada la filiación paterna del hijo, o que el reconocimiento materno se realice cuando la filiación paterna no matrimonial ya está determinada. Las cuestiones que se plantean en torno a la validez y eficacia de estos reconocimientos como títulos de determinación legal de la filiación no matrimonial es distinta en uno y otro caso, por lo que los desarrollaremos separadamente a continuación, para pasar después al estudio del tema primeramente enunciado, es decir, la capacidad para reconocer.

II RECONOCIMIENTO DE HIJO NO MATRIMONIAL POR MUJER CASADA

²⁵⁷ Ningún problema plantea el reconocimiento, ya sea materno o paterno, y su posterior inscripción, cuando no rige la presunción de paternidad del marido, pues no hay título que acredite una filiación contradictoria con la que se pretende reconocer e inscribir.

1. Delimitación de los supuestos conflictivos.

La determinación de la filiación paterna de una persona cuando su nacimiento se produce constante el matrimonio de su madre, y rigiendo la presunción de convivencia conyugal del artículo 69 C.c., o dentro de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges o a la disolución del mismo, deriva de una presunción legal: se presume que el padre de esa persona es el marido de la madre, y así se establece en el artículo 116 C.c. El juego de esta presunción legal tiene dos efectos, el primero atinente a la determinación de la filiación y el segundo, a la calificación de esa filiación: provoca que, una vez determinada la filiación materna, quede determinada también la paterna, que corresponderá al marido de la madre, y provoca que, ya que el padre y la madre están casados entre sí en el momento de la concepción o del nacimiento del hijo, su filiación se califique como matrimonial.

Más extensamente, puede decirse que la presunción de paternidad tiene una doble eficacia, que podemos llamar positiva y negativa. Por una parte, y ésta sería la eficacia positiva, determina de forma automática la filiación paterna del hijo de madre casada, que corresponderá, *ex artículo 116 C.c.*, al marido de la misma. Proceso lógico posterior será la calificación de la filiación del hijo: al quedar determinada tanto la filiación materna como la paterna y al estar casados entre sí los padres, la filiación del nacido se inscribirá como matrimonial. Por otra parte, la eficacia negativa de la vigencia de la presunción de paternidad se deduce de lo anterior: la determinación de la filiación paterna del marido impide la determinación de otra filiación paterna contradictoria, y la matrimonialidad de dicha filiación es un obstáculo para calificar como no matrimonial la filiación materna.

Presupuesto del juego de esta presunción legal es la determinación de la filiación materna que, a falta de norma legal reguladora de medios extrajudiciales en sede de

determinación legal de la filiación matrimonial, se regirá por lo establecido en el artículo 120 C.c. para la no matrimonial²⁵⁸. Así pues, cabe un reconocimiento de filiación materna que se calificará de matrimonial si, por estar en vigor la citada presunción de paternidad, resulta determinada la filiación del marido de la madre. La calificación de la filiación determinada es, por tanto, un *posterius* lógico a la determinación de la misma.

Una vez enunciados los dos elementos de los que tenemos que partir, reconocimiento materno de la filiación y vigencia de la presunción de paternidad del marido de la madre, procede distinguir los dos supuestos con los que nos podemos encontrar si se pretende inscribir la filiación reconocida como no matrimonial. Cabe pensar que, o bien la filiación paterna todavía no se ha determinado, o bien dicha filiación ya consta registralmente apareciendo como padre del reconocido una persona distinta del marido de la mujer. La solución jurídica que tiene cada uno de estos supuestos puede ser distinta, como puede serlo la aptitud del reconocimiento materno para determinar la filiación.

2. Reconocimiento materno sin constancia previa de filiación paterna.

En el primero de los supuestos enunciados, es decir, cuando el hijo reconocido por la madre no tiene determinada la filiación paterna, no plantea ningún problema la admisión del

²⁵⁸ A nuestro juicio, es totalmente irrelevante que la madre esté casada o no a la hora de determinar extrajudicialmente su filiación. La existencia de matrimonio no incide en la determinación de la filiación materna, sino en su calificación, por lo que no tiene sentido diferenciar entre medios de determinar la filiación materna matrimonial y medios de determinar la filiación materna no matrimonial. Esta interpretación no parece acorde, en principio, con la regulación del Código civil, que dedica dos secciones distintas a la determinación legal de la filiación, una referida a la matrimonial y la otra a la no matrimonial. Pero se llega a ella si tenemos en cuenta que, en realidad, el Código civil no regula, en la sección correspondiente, todos los elementos necesarios para que quede determinada, extrajudicialmente repetimos, la filiación materna matrimonial. En efecto, el art. 115.1º C.c. establece que la filiación matrimonial materna (y paterna) quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, pero realmente esta doble inscripción, por sí sola, no sirve para constatar ni una ni otra filiación. Debe constatarse previamente quiénes son los padres a que se refiere el precepto cuyo matrimonio está inscrito, y respecto de la maternidad nada establecen los arts. 115 a 119 C.c. Esta falta de normas específicas, y teniendo presente que el matrimonio en nada afecta a esta constatación de la filiación materna, nos lleva a entender que deben aplicarse a la filiación materna matrimonial las mismas reglas de determinación que se establecen para la no matrimonial, que sí están reguladas (núms. 1º, 2º y 4º del art. 120 C.c.).

reconocimiento. Dicho reconocimiento será el medio por el que se determinará la filiación materna, si bien dicha filiación no podrá calificarse de no matrimonial, pues, al estar en vigor la presunción de paternidad regulada en el artículo 116 C.c., también quedará determinada la filiación paterna, resultando que los progenitores del hijo están casados entre sí, de lo que se deducirá la matrimonialidad de su filiación a tenor del artículo 108 C.c.

Distinguiendo claramente determinación de la filiación y calificación de la misma, como operaciones lógicas sucesivas e independientes, se aprecia cómo el pretendido reconocimiento materno de una filiación no matrimonial por mujer casada es perfectamente válido como título de determinación legal de la filiación y en nada contradictorio con la presunción de paternidad regulada en el artículo 116 C.c., también medio de determinación legal de la filiación, pero en este caso paterna. No estaríamos, por tanto, ante un supuesto de los regulados por el artículo 113, párrafo segundo, C.c., de ineficacia de la determinación de una filiación por resultar acreditada otra contradictoria: la filiación materna determinada por medio de reconocimiento no es contradictoria con la filiación paterna determinada por medio de la presunción de paternidad.

En estos casos lo que se planteará no es, por tanto, un problema de validez del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación materna, sino un problema de calificación de la filiación determinada. Al operar la presunción de paternidad del marido, quedará determinada la filiación paterna, produciéndose contradicción entre la no matrimonialidad de la filiación materna que se pretende inscribir y la matrimonialidad de la filiación (tanto materna como paterna) que resulta del matrimonio entre los progenitores²⁵⁹. En

²⁵⁹ No distingue entre determinación y calificación de la filiación la resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de abril de 1994 (RJA 1994, 4164), y ello le lleva a afirmar inexactamente que "Inscrito un nacimiento sin constancia de filiación, para que sea inscribible más tarde el reconocimiento de la filiación no matrimonial otorgado por madre casada, (...) ha de comprobarse que no rige en el caso la presunción de la paternidad del marido (cfr. art. 116 CC), porque, si esta presunción fuera de aplicación, estaría acreditada en su caso una filiación contradictoria que privaría de eficacia en el ámbito registral a la posterior determinación de

consecuencia, la filiación materna quedará determinada, pero deberá inscribirse como matrimonial por el juego de la presunción del artículo 116 C.c., que incide tanto en la determinación de la filiación paterna como, indirectamente, en la calificación de la filiación resultante²⁶⁰.

3. Reconocimiento materno cuando ya está inscrita la filiación paterna no matrimonial.

Es éste el supuesto más problemático que se plantea cuando la madre casada pretende reconocer a su hijo como no matrimonial rigiendo la presunción de paternidad del marido. Si, cuando la madre efectúa el reconocimiento y pretende inscribirlo para que quede determinada su filiación, ya consta en el Registro la filiación paterna no matrimonial, puede llegarse a inadmitir no sólo la calificación de la filiación materna como no matrimonial, sino incluso la misma determinación de dicha filiación por medio del reconocimiento.

Así ha solucionado el problema la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, al ordenar que no pueda inscribirse el reconocimiento materno en estos casos, lo que conduce a la falta de aptitud del mismo como título de determinación legal de la filiación. Dice la Circular sobre consecuencias registrales del nuevo

la filiación no matrimonial" Se tendría que haber matizado que la filiación matrimonial de marido y mujer es contradictoria con la filiación no matrimonial de la madre, porque la filiación paterna que acredita la presunción de paternidad del marido no puede ser en ningún caso contradictoria con la filiación materna, pues un hijo tiene un padre y una madre. Lo contradictorio es la calificación de las filiaciones, no las filiaciones en sí: la filiación del hijo puede ser paterna y materna, pero la filiación paterna no puede ser matrimonial y la materna no matrimonial (se ha comentado esta resolución, aplicando los anteriores razonamientos, por QUICIOS MOLINA, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, págs. 441 y ss.

²⁶⁰ Al supuesto visto en este epígrafe, reconocimiento materno cuando no consta la filiación paterna, debe equipararse el reconocimiento materno simultáneo a uno paterno, ambos de filiación no matrimonial, vigente la presunción de paternidad del marido de la madre. Y ello porque la presunción de paternidad es preferente al reconocimiento paterno, estando acreditada una filiación (paterna) contradictoria con la que se pretende determinar. La Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de abril de 1987 (recogida por QUESADA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia. Diccionario Práctico de Jurisprudencia*, II, ob. cit., págs. 818-819) es contundente a este respecto: "una vez que aparece demostrado que ha de entrar en juego la presunción de que el marido de la madre es el padre, ello produce, en principio, su eficacia a todos los efectos, sin que pueda ser discutida ni menoscabada por el reconocimiento que hace otro varón de su paternidad no matrimonial, porque estos efectos de la presunción no pueden quedar al arbitrio de los particulares, pues el estado civil es materia sustraída al ámbito de la voluntad que sólo puede tener el juego que la ley expresamente le confiere"

régimen de la filiación que <<para el caso de que el hijo esté inscrito como reconocido unilateralmente por el padre y se intente después inscribir su filiación materna por reconocimiento otorgado por madre casada con otro, (...) no podrá inscribirse la filiación materna, por la razón antes apuntada de que ello supondría enervar por vía inadecuada una presunción legal y porque no puede contradecirse el estado de filiación que prueba el Registro (art. 50 de la Ley del Registro Civil y art. 113.II del Código Civil)>> (epígrafe III, *in fine*).

Nos encontramos, pues, con que la madre casada, si ya está inscrita la filiación paterna no matrimonial pero, por aplicación de la regla contenida en el artículo 116 C.c., la determinación de la materna conllevaría la determinación de otra paterna contradictoria con la no matrimonial inscrita, no puede acudir a la vía del reconocimiento para que su filiación quede determinada. Y esta prohibición se fundamenta en el artículo 113, párrafo segundo, C.c., que declara ineficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria, y en la inidoneidad del procedimiento para destruir la presunción de paternidad del marido.

Respecto a la primera razón alegada por la Circular, habría que decir que la filiación materna que se pretende determinar no es contradictoria con la filiación paterna inscrita: una filiación materna nunca puede ser contradictoria con una paterna, pues toda persona tiene una madre y un padre²⁶¹. ¿Qué es entonces lo contradictorio? ¿La calificación de la filiación que se pretende determinar? Tampoco, porque esta oposición, entre matrimonialidad de la filiación materna y no matrimonialidad de la paterna, provendría de la determinación de la filiación

²⁶¹ Señala DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 423, que "el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias no es directamente aplicable, porque sólo se puede de dos paternidades (o de dos maternidades) que se contradigan, y no es éste, por supuesto, nuestro caso"; y en el mismo sentido dice POZO, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, ed. Trivium, Madrid, 1993, págs. 96-97, que "no hay contradicción entre la filiación que proclama el Registro y la filiación materna que intenta acceder a él, ya que sólo puede haber filiaciones contradictorias entre dos paternidades o entre dos maternidades, pero no entre una filiación paterna que ha tenido acceso al Registro y una filiación materna que pretende tenerlo después".

paterna a través de la presunción de paternidad del marido, y tal determinación no se puede producir porque, aquí sí, ya está acreditada una filiación paterna contradictoria.

Y ésta creemos que es, en realidad, la razón que lleva a la Circular a negar la determinación de la filiación materna: como, de producirse esta determinación, se revelaría la vigencia de la presunción legal, pero carecería de efectos al ser inatacable extrajudicialmente la filiación paterna inscrita, se rechaza lo que puede dar origen a la aplicación de dicha presunción, es decir, la determinación de la filiación materna. Como la sucesión de inscripciones, primero la paterna no matrimonial y luego la materna, conllevaría <<enervar por vía inadecuada una presunción legal>>²⁶², se corta de raíz la vigencia de dicha presunción, alegando como fundamento legal la contradicción entre la filiación materna que se pretende determinar y la filiación paterna inscrita, lo que, como hemos visto, no puede sostenerse.

Y en este punto, resulta incoherente la Circular al asignar a la presunción de paternidad una eficacia negativa cuando parte de que no la tiene en estos casos positiva. Rechaza la inscripción de la filiación materna porque ello supondría que automáticamente quedaría determinada la paterna del marido, pero este efecto no se puede producir porque ya está determinada otra filiación paterna contradictoria, por tanto niega la eficacia positiva de la presunción de paternidad del marido como título de determinación de la filiación paterna. En cambio, sí admite que por estar en vigor dicha presunción de paternidad no pueda determinarse la filiación materna, pues la posible aplicación de esta presunción es lo que en definitiva le lleva a rechazar la determinación de la filiación materna, con lo que dota a la presunción de paternidad de una eficacia impeditiva o negativa que, en rigor, no tiene.

²⁶² Esta afirmación de la Circular ha sido rechazada por DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 420, alegando que admitir la inscripción del reconocimiento materno en estos casos no implica que la presunción de paternidad quede enervada, "sino simplemente que, a efectos de la determinación extrajudicial de la filiación, tal presunción no es, *prima facie*, operativa"

Primero, porque esta eficacia negativa deriva de la que hemos llamado eficacia positiva: si la presunción de paternidad permite determinar la filiación paterna, consecuentemente, por aplicación del artículo 113, párrafo segundo, C.c., quedará bloqueada la posibilidad de que por otro medio, como no sea el judicial, se determine la filiación paterna de varón distinto del marido²⁶³. Pero si la presunción de paternidad no puede conducir a la determinación de la filiación paterna porque ésta ya está determinada, desaparece igualmente su valor obstativo frente a la determinación de cualquier otra filiación²⁶⁴.

Y segundo, porque el objetivo de esta presunción es la determinación de una filiación paterna, de modo que sólo puede impedir que se determine otra filiación paterna, que sería por tanto contradictoria con aquélla, pero no puede ser obstáculo para la determinación de una filiación materna²⁶⁵.

Expuesto lo anterior, nos parece indefendible limitar a la madre casada su derecho a reconocer a sus hijos, aun en contra de la presunción legal contenida en el artículo 116 C.c., pues dicha presunción no tiene ninguna eficacia, ni en su vertiente positiva ni en su vertiente negativa, cuando ya está determinada otra filiación paterna en el momento de efectuarse el

²⁶³ Como señala POZO, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, ob. cit., pág. 96, no cabe duda de que la presunción de paternidad del marido "goza de supremacía sobre el reconocimiento efectuado por un varón distinto, si concurren al mismo tiempo a la inscripción registral. Es decir, si concurren al Registro al mismo tiempo la presunción de paternidad del marido y el reconocimiento de un tercero, el encargado deberá inscribir la filiación paterna correspondiente al marido"

²⁶⁴ Desde otro planteamiento, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 420, razona que la presunción de paternidad no es operativa "porque la operatividad de la presunción, cuando se trata de determinar extrajudicialmente la filiación matrimonial, presupone que ésta se determine, y la determinación requiere a su vez la inscripción, según se desprende del nuevo artículo 115 del C. c."

²⁶⁵ Amplía DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 423-424, que al prohibir la Circular la inscripción del reconocimiento materno "está proclamando que, para ella, la filiación materna no es determinable legalmente, como consecuencia de dos datos, el reconocimiento del presunto progenitor no matrimonial y la presunción de paternidad del marido, que nada tienen que ver con el hecho de que la autora del reconocimiento sea efectivamente la madre"

reconocimiento materno, y ello en base a la aplicación correcta del artículo 113, párrafo segundo, del Código. En consecuencia, en estos casos la filiación materna quedará determinada en virtud del reconocimiento²⁶⁶, y se calificará como matrimonial o no matrimonial dependiendo de la existencia o no de matrimonio entre los que aparecen como progenitores del hijo en el Registro civil²⁶⁷.

III CAPACIDAD PARA RECONOCER

1. *Ideas preliminares.*

Establece el artículo 121 del Código civil que <<El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>. Se deduce de lo anterior que cabe distinguir dos regímenes distintos de capacidad para reconocer, dos regímenes distintos aplicables al reconocimiento en función del sujeto reconocedor, de su capacidad de obrar: por exclusión, los no incapaces y los que pueden contraer matrimonio por razón de edad pueden reconocer válidamente por sí solos, sin necesidad de ningún requisito complementario; mientras que los incapaces y los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitan la aprobación judicial para reconocer válidamente.

Otra idea general que cabe exponer aquí es que el artículo 121 C.c. se refiere a las dos posibles limitaciones de la capacidad de obrar, la incapacitación y la menor edad, estableciendo

²⁶⁶ Se pronuncian a favor de esta solución DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 424, para quien la filiación materna debe inscribirse en cualquier caso, y POZO, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, ob. cit., pág. 97.

²⁶⁷ La filiación paterna inscrita no cabe, pues, rectificarla, como no sea impugnándola judicialmente. Señala POZO, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, ob. cit., pág. 100, que esta solución, frente a la que supone la rectificación de la inscripción para inscribir al hijo como del marido de la madre, "parece la más apropiada, a la vista de las resoluciones de 7 de enero de 1987 y 26 de mayo de 1987, y al hecho de la primacía que se concede a lo inscrito en el Registro (arts. 2, 50 y 92 LRC)" DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 424, ya había indicado que lo que legalmente procede hacer a la vista del art. 50 L.R.c. es mantener la filiación paterna determinada por el reconocimiento.

para estos casos una regla específica de complemento o control de capacidad por lo que atañe a la aptitud para reconocer. Se trataría de una aplicación específica de las reglas generales sobre limitación de la capacidad de obrar, que se traduciría en la necesaria aprobación judicial para la validez de los reconocimientos de personas que no tienen plena capacidad de obrar. No se impide la realización de este acto a los que no tienen plena capacidad de obrar, pero se establecen limitaciones si el reconocedor es menor o incapaz.

Merecen especial mención las disposiciones que sobre la capacidad para reconocer establecen la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones y la Compilación navarra, ya que se diferencian en algún aspecto del Derecho común.

El artículo 6 de la Ley catalana se compone de dos apartados. En el primero se declara que <<Tienen capacidad para el reconocimiento de la paternidad los mayores de catorce años, en el caso de la maternidad, siempre que se acredite el hecho del parto>>; y en el segundo que <<En todo caso, el reconocimiento realizado por personas menores de edad o incapacitadas requiere, para que sea válido, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>.

Por su parte, la Ley 69 de la Compilación navarra dispone que <<Puede reconocer toda persona púber; si es menor de edad o incapacitado, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>.

Destacamos, a modo de introducción, que en ambos sistemas se establece una edad mínima a partir de la cual se tiene capacidad para reconocer la filiación, a diferencia del artículo 121 C.c., y que se sigue el régimen instaurado por la reforma del Código civil en materia de filiación en cuanto a la exigencia de aprobación judicial para los reconocimientos otorgados por menores de edad o incapacitados, régimen más perfeccionado en cuanto a la concreción de los sujetos que necesitan la aprobación judicial para la validez de sus reconocimientos.

La opción de nuestro legislador de permitir expresamente que tanto los menores de edad como los incapacitados, puedan reconocer la filiación, nos parece acertada. No se ha seguido en esta materia el ejemplo italiano, criticable porque antes de los dieciséis años, a pesar de que tanto la paternidad como la maternidad biológicas son posibles, no se admite el reconocimiento²⁶⁸.

Tampoco se ha seguido el modelo francés, pues el Code nada establece sobre el particular²⁶⁹. La doctrina, no obstante, sostiene que tanto el menor de edad como el incapacitado pueden reconocer la filiación, siempre que su acto sea libre y consciente²⁷⁰.

²⁶⁸ El último párrafo del art. 250 del Código civil italiano establece que <<Il riconoscimento non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età>>. También el art. 1.850 del Código civil portugués, aun expresándose afirmativamente, por exclusión prohíbe los reconocimientos de menores de dieciséis años. Dice este precepto en su inciso primero que tienen capacidad para reconocer los individuos con más de dieciséis años, si no estuvieran incapacitados por anomalía psíquica o no fueran notoriamente dementes en el momento del reconocimiento, lo que supone, como comenta DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, ob. cit., pág. 111, la fijación de una edad mínima a partir de la cual se presume la madurez suficiente para realizar el acto. Y en el inciso segundo del art. 1.850, el Código portugués establece que los menores, los incapacitados no comprendidos en el número anterior y los inhabilitados no necesitan, para reconocer, la autorización de los padres, tutores o curadores; menores que son los que tienen más de dieciséis años, suponiendo la regla, a juicio de DE OLIVEIRA, ob. cit., pág. 113, la dispensa de ciertas autorizaciones que la ley exige para la práctica de actos comunes del tráfico jurídico o para la celebración de actos especiales como el matrimonio de menores.

²⁶⁹ HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, *La filiation*, Librairies Techniques, París, 1981, pág. 113, explican que "la loi n'exige aucune condition de capacité de la part de l'auteur de la reconnaissance: il suffit donc que celui-ci soit à même de donner un consentement valable, c'est-à-dire conscient et libre".

²⁷⁰ HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil, La famille*, ob. cit., pág. 477, citando doctrina y jurisprudencia, argumentan que "le caractère strictement personnel de la reconnaissance explique aussi qu'elle ne puisse être souscrite que par la mère ou le père, serait-il frappé d'incapacité, du moment qu'il a conscience de la portée de son acte; ainsi un mineur, un majeur en curatelle ou sous sauvegarde de justice peut librement reconnaître un enfant naturel sans être représenté ni assisté; la solution vaut aussi pour le majeur en tutelle sous réserve qu'il se trouve dans un intervalle lucide". HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, *La filiation*, ob. cit., pág. 113, señalan que "la jurisprudence admet-elle qu'un mineur peut reconnaître son enfant naturel sans être représenté ni assisté". COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, ob. cit., pág. 165, nota 2, recuerdan que "aucune condition de capacité n'est exigée: il suffit que l'auteur de la reconnaissance soit susceptible de donner un consentement valable. Ainsi un mineur ou un majeur placé sous curatelle ou sous sauvegarde de justice peut librement reconnaître un enfant naturel. La même possibilité est offerte au majeur sous tutelle s'il se trouve dans un intervalle lucide: la reconnaissance ne cesserait d'être valable, que si le consentement avait fait défaut ou avait été vicié". CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, ob. cit., pág. 277, sostienen que "aucune capacité spéciale n'est exigée de la part de l'auteur de la reconnaissance. Ainsi les incapables pourvu qu'ils aient le discernement, un mineur non émancipé, un aliéné dans un intervalle lucide, peuvent reconnaître un enfant naturel". Y RASSAT, *La filiation et l'adoption*, Presses Universitaires de France, París, 1992, págs. 50-51, escribe que "il suffit que l'intéressé ait une simple aptitude

Por último, la exigencia de aprobación judicial cuando el que reconoce es menor de edad (ya veremos qué menores) o incapacitado, lo aparta también del sistema suizo de filiación, que prevé por el contrario el consentimiento expreso de los representantes legales del menor o del incapacitado²⁷¹.

Las cuestiones que, en consecuencia, demanda nuestro sistema de la capacidad para reconocer son tres: quiénes son los incapaces mencionados en el artículo 121 C.c., quiénes son los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad, y régimen jurídico establecido para los reconocimientos otorgados por las personas anteriores. Al hilo de ellas, abordaremos las diferencias que lo separan de los sistemas catalán y navarro.

2. Sujetos comprendidos en el artículo 121 C.c.

1. Incapaces²⁷².

1.1. Incapaces son los incapacitados por sentencia judicial.

No plantea discusión la consideración de los incapacitados por sentencia judicial como

naturelle a comprendre la portée de ses actes"

²⁷¹ STETTLER, *Traité de Droit Privé Suisse*, Vol. III, tome II, 1, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1987, pág. 39, nos dice que "le droit de reconnaître un enfant fait partie des droits strictement personnels. Il ne saurait donc être question que le mineur ou l'interdit soit représenté dans l'accomplissement de cet acte. Mais ce droit strictement personnel n'est pas absolu; sa mise en oeuvre nécessite le *consentement* exprès *des représentants légaux* (art. 260, al. 2 CC). Il peut donc être qualifié de *droit strictement personnel au sens relatif*" También encontramos en FLATTET, "Le droit suisse de la filiation", en *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, bajo la dirección de Pauwels, Bruxelles, 1981, pág. 139, que basta la capacidad natural para efectuar el reconocimiento, pero que la ley subordina su validez a la autorización del padre y de la madre, o del tutor, cuando el autor del reconocimiento es menor o incapacitado.

²⁷² El art. 121 C.c. regula expresamente el régimen jurídico al que quedan sometidos los reconocimientos realizados por incapacitados, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, que nada prevén al respecto. En la doctrina italiana, FERRI, *Lezioni sulla filiazione. Corso di diritto civile*, Bologna, 1989, pág. 153, sostiene que el hecho de que se prevea la impugnación del reconocimiento efectuado por un "interdetto giudiziale" (art. 266), significa que la "interdizione giudiziale" no es un hecho impeditivo del reconocimiento, siendo éste plenamente eficaz mientras no se impugne.

incapaces a los efectos del artículo 121 C.c. Todos los autores así lo entienden²⁷³, y a estos incapacitados es a los que únicamente cabe considerar como incapaces²⁷⁴, pues, mientras no declare un Juez que una persona es incapaz, se presume su capacidad, sin que puedan establecerse limitaciones como lo es necesitar la aprobación judicial para la validez de un

²⁷³ PEÑA, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 908; DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 418; RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 112; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 236; SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 653; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 261, y SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 246.

²⁷⁴ El término "incapaces" del art. 121 C.c. aparece ya en el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, y durante su tramitación parlamentaria se presentaron diversas enmiendas que pretendían su sustitución por "incapacitados", introduciendo además criterios como el "suficiente juicio" o el "necesario discernimiento" que completaban las reglas sobre capacidad. Podemos hacer un repaso de las distintas redacciones propuestas en este sentido, excluyendo las referencias a la edad para reconocer, empezando por la del Proyecto citado: <<Los... incapaces podrán, no obstante, reconocer si tuvieren suficiente juicio para ello>> (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 176). La enmienda 473, firmada por Alzaga Villaamil, del grupo UCD, pretendía que en el artículo 121 figurase que <<Será nulo el reconocimiento otorgado... por persona que al tiempo de otorgarlo tuviera perturbadas sus facultades mentales o careciese, en ese momento, del necesario discernimiento... Sin embargo, el reconocimiento otorgado... por un incapacitado con suficiente juicio al otorgarlo será válido, pero el autor del reconocimiento podrá desconocerlo dentro del año siguiente a... haber recobrado la capacidad...>>, por considerar que "parece insuficiente en materia tan trascendente el párrafo 1 del proyecto, y es muy peligroso determinar en cada caso el <<suficiente juicio>>" (*últ. ob. cit.*, pág. 360). La enmienda 6, firmada por Aizpún Tuero, del grupo Mixto, proponía que <<Los... incapacitados podrán reconocer en escritura pública... en los intervalos lúcidos, facultativamente acreditados...>>, para "dar fijeza a la capacidad; los términos del anteproyecto son de una inseguridad peligrosa" (*últ. ob. cit.*, pág. 232). La enmienda 283, firmada por el grupo Socialista, como "mejora técnica" propone <<Los... incapacitados podrán reconocer si tuvieren suficiente juicio para ello>> (*últ. ob. cit.*, pág. 308). En el Informe de la Ponencia aparece que <<El reconocimiento hecho por los... incapaces precisará, por [sic] su validez, aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>> (*últ. ob. cit.*, pág. 386), sustituyendo el Dictamen de la Comisión <<por su validez>> por <<para su validez>> (*últ. ob. cit.*, pág. 429). En el Senado se presentó todavía otra enmienda, la 119, firmada por el grupo UCD, que vuelve a incidir en los anteriores conceptos: <<El reconocimiento otorgado por... un incapaz o persona que careciese del necesario discernimiento será nulo... El reconocimiento hecho por... un incapacitado con suficiente juicio, será eficaz una vez que haya sido judicialmente aprobado>>. Se defiende esta enmienda afirmando, respecto del "reconocimiento otorgado por un incapaz (cuya incapacidad haya sido declarada) o que carezca del necesario discernimiento (incapaces de hecho, permanentes o transitorios)", que "existe el grave riesgo de que, si la madre es persona de mayor madurez, pueda convencerle fácilmente de la paternidad e inducirle, en la medida en que lo tenga bajo su dominio, a reconocer", y que "no parece que la validez del reconocimiento pueda quedar sanada en estos casos por la simple autorización judicial", aunque "como concesión al criterio del proyecto puede admitirse la validez del reconocimiento... si se trata de un incapacitado a quien se considera que tenía juicio suficiente para reconocer, cuando el reconocimiento tuvo lugar. En estos casos la aprobación judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, y sin el aparato de un juicio declarativo, puede ser bastante para dar por bueno el reconocimiento" (*últ. ob. cit.*, pág. 683).

reconocimiento de filiación²⁷⁵. Un incapaz no incapacitado podrá reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial, si bien el Encargado del Registro o el Notario pueden considerar, en su función calificadora, que no tiene capacidad suficiente para otorgarlo²⁷⁶, en cuyo caso no lo autorizará el Notario, si se reconoce en documento público, o no lo recibirá el Encargado. También podrá impugnarse judicialmente el reconocimiento, si ya ha determinado la filiación, por falta de capacidad de su autor.

Tanto el legislador catalán como el navarro se refieren correctamente a los <<incapacitados>> (art. 6.2 de la Ley catalana de filiaciones y Ley 69 de la Compilación navarra), mejorándose la técnica legislativa empleada en el Código²⁷⁷.

Las dos cuestiones que cabe plantear, una vez aclarado que en el término <<incapaces>> sólo se incluyen los incapacitados por sentencia judicial, son: si todos los incapacitados por deficiencias físicas o psíquicas necesitan la aprobación judicial prevista para la validez de los reconocimientos de incapaces; y si los declarados pródigos están incluidos

²⁷⁵ Como señala DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 418, "el art. 121 se refiere exclusivamente al supuesto de personas declaradas judicialmente incapaces. Lo cual no significa, claro es, que el reconocimiento otorgado por un loco, por ejemplo, no declarado incapaz, sea válido... Lo que quiero decir es que en tanto no exista una declaración de incapacidad el Juez no tiene competencia para intervenir". También PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial en los reconocimientos de filiación", en *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, director Lledó Yagüe, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 61-62, se detiene en el problema de los reconocimientos otorgados por deficientes mentales no incapacitados, señalando que "como no está incapacitado, el reconocimiento que otorgue no necesitará la aprobación judicial. Pero esté o no incapacitado y sea mayor o menor de edad, no habrá reconocimiento si no ha habido verdadero consentimiento, para lo cual se requerirá que en el momento de otorgarlo el sujeto tenga lucidez suficiente"

²⁷⁶ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 62, apunta que "la apreciación de si, en el caso concreto, el otorgante tiene o no la aptitud mental (lucidez) suficiente corresponde, en primer lugar, al funcionario autorizante (cf. para el Encargado del Registro, art. 27-II LRc y R 7 junio 1971; para los notarios, arts. 685 y 696 Cc y 156-8 RN)"

²⁷⁷ En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 333, señala que "con mejor técnica que el artículo 121 del Código civil, la ley 69 habla de <<incapacitado>>, no de <<incapaz>>". Critica BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 112, del Derecho navarro que, tras la reforma, en 1983, de la tutela en el Código civil, no se haya establecido "una regulación expresamente matizada para la aprobación judicial de los reconocimientos realizados por incapacitados, puesto que, en todo caso, habrá que estar a la extensión y límites de la incapacitación fijados por la sentencia correspondiente (artículo 210 C.C.)".

en el dicho término.

1.2. Incapacitados por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas.

Tras la reforma del Código civil en materia de tutela por Ley 13/1983, de 24 de octubre, los incapacitados, que sólo pueden ser, a tenor del artículo 200 C.c., los aquejados de enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que impidan a la persona gobernarse por sí misma, dependiendo del grado de incapacidad, pueden quedar sometidos a tutela o a curatela, debiendo pronunciarse la sentencia de incapacitación sobre la extensión y límites de ésta y sobre el régimen de guarda al que quedan sujetos (cfr. art. 210 C.c.).

En relación a la aplicación o no del artículo 121 C.c., puede decirse que con independencia de si el incapacitado queda sometido a tutela o a curatela, lo fundamental para determinar si es necesaria la aprobación judicial prevista en el precepto será la concreta sentencia de incapacitación, en la que deben establecerse los actos para los que se limita la capacidad de obrar del incapacitado²⁷⁸. Partiendo de esto, sólo necesitarán aprobación judicial aquellos reconocedores incapacitados concretamente para reconocer la filiación o, si nada se establece por la sentencia a este respecto, para la realización de actos personales o familiares²⁷⁹. El régimen previsto en el artículo 121 C.c. supone en cualquier caso que es el propio reconocedor incapacitado el que otorga el acto, voluntad a la que sólo puede añadirse la aprobación judicial, por lo que carece de relevancia si está sometido a representación legal

²⁷⁸ SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 247, sostiene, partiendo del principio de graduación de la incapacitación, que "podría quizá afirmarse que sólo se necesitaría aprobación judicial para aquellos reconocimientos de incapaces que en la sentencia que declaraba su incapacitación fueran considerados incapacitados para reconocer; en caso contrario, parece que pudiera entenderse que no tiene ninguna limitación. Si se tiene en cuenta la actual redacción del art. 210, según el cual siempre se ha de *determinar la extensión y límites de la incapacitación*, todo hace pensar que, en temas de tanta trascendencia, deberá pronunciarse, siempre y en todo caso, la sentencia que la declare"

²⁷⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 251, consideran que "los incapaces aludidos en el precepto son los que poseen el estado civil de incapacitados y la sentencia que lo constituye les inhabilita para actuar en esas situaciones personales".

o necesita simplemente la asistencia de su curador para realizar determinados actos.

Se plantea algún autor la posibilidad de que el Juez, al declarar la incapacitación, suprima, restrinja o amplíe la capacidad para reconocer que confiere el artículo 121 C.c.²⁸⁰.

Respecto de la supresión de la capacidad para reconocer, que tiene en principio todo incapacitado aunque se necesite la aprobación judicial, creemos que sería posible sólo en el supuesto de que el incapacitado careciese, de forma continua y permanente, absolutamente de juicio²⁸¹. Al configurarse la aprobación judicial, no como un sustitutivo de la voluntad del reconocedor, sino como un requisito añadido al reconocimiento, que al menos debe ser consciente pues se exige la voluntad de su autor, si el Juez que declara la incapacitación aprecia que la persona carece de esta voluntad, de un mínimo discernimiento, que no es en absoluto consciente de sus actos, podrá suprimir ya en ese momento la capacidad para reconocer.

Lo que no podrá hacer el Juez que declara la incapacitación es limitar la capacidad de reconocer de la persona exigiendo otros requisitos además de la aprobación judicial, o sustituyendo ésta por otros distintos. No puede el Juez, debido a la naturaleza personalísima del reconocimiento, establecer en la sentencia que será el representante legal del incapacitado el que le sustituirá en el acto de reconocer o que será necesaria la asistencia del curador²⁸².

²⁸⁰ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., págs. 60-61.

²⁸¹ No admite ni siquiera esta posibilidad PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 60, alegando, para defender que no cabe la supresión de la capacidad para reconocer, que "hay una ámbito en la esfera personal y familiar de la persona en el que los principios de libertad y de respeto a la personalidad y a la familia, no permiten que la incapacitación produzca más restricciones que las directa y expresamente previstas en la Ley. Máxime si es la Ley misma la que expresamente establece el ámbito de actuación (cf. arts. 121, 267 y 162-1º Cc) y se trata, con ese ámbito de poder personalísimo, de facilitar el cumplimiento de los deberes paternos de asistencia".

²⁸² En este punto sí compartimos la opinión de PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 60, de que "no cabe tampoco que esta decisión personalísima de reconocer (con frecuencia repelida por

Por último, la referencia a la ampliación de la capacidad para reconocer dejando de exigir la aprobación judicial²⁸³ en la sentencia de incapacitación, creemos que no sería en realidad una ampliación de la capacidad, sino que se trataría sencillamente de no limitar o restringir la aptitud que se les concede a los incapacitados para reconocer mientras otra cosa no establezca la sentencia que los incapacita. Igual que no se trata de una ampliación de la capacidad para reconocer el hecho de que la sentencia de incapacitación no limite la capacidad de la persona para los actos personales o familiares, en cuyo caso tampoco será necesaria la aprobación judicial. En un supuesto la no limitación será expresa y en el otro tácita, pero en ninguno se puede hablar de una ampliación de la capacidad para reconocer.

1.3. Declarados pródigos.

También por lo que se refiere al término <<incapaces>>, puede cuestionarse si los declarados pródigos son incapaces, en el sentido del precepto objeto de estudio, para reconocer por sí solos. En la doctrina se mantiene mayoritariamente que los declarados pródigos pueden reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial²⁸⁴, aunque se resaltan, como

la familia del incapacitado) quede, por la sentencia de incapacitación, sujeta a la asistencia del padre, tutor o curador en lugar de seguir exigiéndose la aprobación judicial. Eso también restringiría injustificadamente la libre decisión del sujeto en su esfera personalísima". También GETE-ALONSO, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, pág. 191, ha señalado en relación a la incapacitación y los actos personalísimos (entre los que incluye el reconocimiento de filiación) que "puesto que su carácter impide la intervención de cualquier otra persona, la sentencia no puede prevenir una función de asistencia".

²⁸³ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., págs. 60-61, la admite "pues se trataría, con esta determinación de la sentencia, de suprimir *limitaciones* a la capacidad de obrar y en este camino el Juez no tiene más límites que los que le señale la prudencia en relación con el caso", y además es congruente con la posibilidad de que quede determinada la filiación matrimonial, sin necesidad de aprobación judicial, de los hijos de incapacitados por deficiencias psíquicas, que pueden contraer válidamente matrimonio.

²⁸⁴ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 418, es contundente al afirmar que "la incapacidad debe referirse a la que afecta al discernimiento, por consiguiente la derivada de una incapacitación fundada en la enfermedad o carencias psíquicas. El artículo 121 no ha pensado, por supuesto, en las incapacitaciones de contenido exclusivamente patrimonial". RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 112, mantiene que "será, en cambio, intrascendente la prodigalidad o la declaración en concurso o quiebra". Y PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., págs. 59-60, aporta las razones a favor y en contra: "Ciertamente en la terminología legal los declarados pródigos pueden todavía ser considerados "incapacitados" (cf. rúbrica del Título X del Libro I del Código y arts. 215 y 299-1º)

posible contraargumento, las consecuencias perjudiciales que ese reconocimiento puede tener para las personas a las que se trata de proteger con la declaración de prodigalidad²⁸⁵, que son, a tenor del artículo 294 C.c., el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del declarado pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos²⁸⁶.

En nuestra opinión, el declarado pródigo no necesita la aprobación judicial para

y, además, los reconocimientos de hijos pueden menoscabar los intereses patrimoniales que se quieren proteger con la declaración de prodigalidad. Mas, a pesar de todo, no puede entenderse que los declarados pródigos sufran, por tal causa, limitación alguna para poder reconocer hijos. Las limitaciones que en el Código, según su redacción originaria, producía la declaración de prodigalidad dejaban a salvo, en la esfera de la familia, los derechos y deberes *personales*, tanto los conyugales como los paternofiliales (así venía a resultar de los términos del artículo 224 Cc que seguía vigente cuando recibió nueva redacción el actual artículo 121 Cc). Con mayor razón habrá que entender que ocurre lo mismo en la vigente regulación de la declaración de prodigalidad, y puesto que el legislador ha querido restringir -nunca aumentar- el alcance de los efectos de esta declaración. Esta intención es manifiesta en la Exposición de Motivos del Proyecto que llegó a ser la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Además en esta Exposición de Motivos se parte de que al legislador no le ha parecido suficiente la prodigalidad "*para provocar una incapacitación*" sino otras medidas" Estudiando en general la declaración de prodigalidad, PÉREZ DE VARGAS, "La declaración de prodigalidad en Derecho español", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, núm. 6, págs. 903-904, escribe que "el pródigo puede ejercitar los derechos y acciones puramente familiares sin merma alguna; por ejemplo, podrá... reconocer hijos extramatrimoniales o impugnar la filiación". También admite la capacidad para reconocer hijos del pródigo OSSORIO MORALES, *La prodigalidad*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 179. Se pronuncia en contra de esta tesis DÍEZ DEL CORRAL, "La inscripción de la filiación en el Registro civil", ob. cit., pág. 56, nota 35, declarando que tras la entrada en vigor de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, incapaces son solamente los incapacitados judicialmente sometidos a tutela o patria potestad prorrogada; excepcionalmente lo serán los incapacitados sometidos a curatela y los pródigos si las respectivas sentencias someten el reconocimiento a la intervención o consentimiento del curador.

²⁸⁵ Señala PÉREZ DE VARGAS, "La declaración de prodigalidad...", ob. cit., pág. 873, que "la declaración de prodigalidad sigue siendo una limitación de la capacidad de obrar que (...) se impone, más que por el interés del mismo sujeto por el de la familia a la que debe sostenerse".

²⁸⁶ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 908-909, considera que "no parece que el declarado pródigo quede afectado por esta restricción..., a pesar de las perjudiciales consecuencias patrimoniales que pueden tener los reconocimientos para los herederos forzosos que promovieron la incapacitación". Y ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 236, se pregunta: "¿Es dudoso que al reconocimiento del incapacitado por ciertas causas como la prodigalidad, quiero poner por ejemplo, sea espíritu de la ley que le haga falta esa aprobación? Se puede decir que en esos casos su incapacitación no alcanza al campo presente. Pero también se puede pensar que, no obstante, la aprobación la haya querido la ley incluso en ellos para poner en manos del juez la evitación de riesgos patrimoniales que acarrearía un reconocimiento de quien no es verdaderamente hijo, o porque lo que quiere es exigir tal aprobación, para mayores garantías, cuando el sujeto que reconoce no goza de capacidad plena". El argumento de la evitación de riesgos patrimoniales que acarrearía un reconocimiento de quien no es verdaderamente hijo no nos parece convincente. El Juez, al aprobar el reconocimiento, no investiga la veracidad de la filiación (la función del Juez la estudiaremos más adelante), a lo sumo controla que la edad del reconocedor y la diferencia de edad entre reconocedor y reconocido sean adecuadas para hacer factible la filiación que se reconoce; por lo tanto no investiga si el reconocido es verdaderamente hijo del reconocedor. ¿Y ante el temor de que sean reconocidos no hijos, peligro que no puede conjurar el Juez, se va a limitar la capacidad del pródigo impidiéndole reconocer por sí mismo?

reconocer hijos, primero, porque la dilapidación patrimonial que provoca la declaración de prodigalidad no supone insuficientes condiciones naturales, físicas o psíquicas, para reconocer válidamente que harían necesaria la intervención del Juez, y segundo, y fundamental, porque la aprobación judicial trata de proteger al reconocedor, por ser menor o incapacitado, complementa su falta de plena capacidad, pero no se recoge para proteger los derechos de terceros ajenos a la relación paterno-filial.

2. Quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad.

2.1. Planteamiento de las dos cuestiones a tratar.

La referencia que hace el artículo 121 del Código civil a los reconocedores que no pueden contraer matrimonio por razón de edad, los cuales necesitan la aprobación judicial para la validez de su reconocimiento, son determinados menores de edad, es decir, personas que no cuentan con capacidad de obrar plena por razón de edad. Ya hemos señalado que la capacidad de obrar se limita por la incapacitación y por la menor edad, y que por lo tanto en este precepto, referido al reconocimiento de la filiación, encontramos una aplicación específica de estas limitaciones a la capacidad de obrar, en concreto limitaciones a la capacidad para reconocer la filiación.

Las dos cuestiones fundamentales que deben tratarse en este lugar son quiénes son los menores que no pueden contraer matrimonio por razón de edad, y que necesitan por tanto la aprobación judicial para reconocer válidamente, y si puede entenderse que existe una edad mínima por debajo de la cual no cabe reconocer ni siquiera con aprobación judicial.

Pero antes de entrar a analizar en profundidad cada una de ellas, queremos resaltar dos ideas que deberemos tener siempre presentes.

En primer lugar, hay que partir de la base de que la exigencia de aprobación judicial

que establece el artículo 121 C.c. supone una limitación a la capacidad de obrar potencial del menor de edad, y que, como toda limitación a dicha capacidad, se establece como medida de protección²⁸⁷. En consecuencia, el criterio que debe presidir cualquier interpretación de la regla contenida en el artículo 121 C.c. es que la aprobación judicial sólo será exigible cuando efectivamente sea necesaria la protección del menor, sin extender su ámbito de aplicación indebidamente, pero tampoco sin restringirlo hasta el punto de dejar desprotegido al menor que se trata de amparar y proteger.

Y otra idea a tener en cuenta, que debe conjugarse con la anterior, es que el menor, en todo caso siempre que tenga capacidad procreadora y suficiente juicio, va a poder reconocer su descendencia²⁸⁸, pues no se establece, al menos expresamente, una edad mínima para reconocer.

2.2. Menores que necesitan aprobación judicial para reconocer válidamente.

2.2.1. Posiciones doctrinales.

Las tesis doctrinales que, en torno a la capacidad para reconocer por razón de edad, se mantienen, son básicamente cuatro.

²⁸⁷ DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1991 (ed. facsimilar), pág. 174, enseñaba que el modo de concebir la condición del menor, adoptado por nuestro Derecho, es "con capacidad de obrar limitada, en virtud de las disposiciones dictadas para su protección", capacidad de obrar limitada que ha venido a ratificar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el art. 2, párrafo 2º, establece como principio general que <<Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva>>.

²⁸⁸ Podemos encontrar en esta materia del reconocimiento una manifestación del "favor minoris" similar a la que, en sede de matrimonio, recoge GONZÁLEZ PORRAS, "Notas sobre <<la justa causa>> y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados", en *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1984, págs. 233-234: el menor puede contraer matrimonio a partir de los catorce años con dispensa porque "estamos ante una manifestación de ese "favor minoris" a que me refería antes y que consiente al menor actuar "por sí mismo" y se le permite porque el legislador de la reforma opina que a esa edad puede tener "suficiente juicio", madurez psico-física para poder celebrar y mantener un matrimonio"

La primera es defendida por DÍEZ DEL CORRAL²⁸⁹. Es de la opinión que no sólo los menores emancipados y los que han obtenido dispensa para casarse pueden reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial, sino que también pueden hacerlo en general todos los mayores de catorce años. La aprobación judicial, en consecuencia, sólo sería necesaria para los reconocimientos efectuados por menores de catorce años.

Como argumentos a favor de su tesis recoge los siguientes²⁹⁰: que las únicas personas afectadas por incapacidad absoluta para contraer matrimonio son los menores de catorce años; que no hay motivos para interpretar restrictivamente el artículo 121 C.c., existiendo, a partir de los catorce años, capacidad natural para actos tan importantes como el matrimonio y el testamento; que no tiene sentido exigir la aprobación judicial para la validez del reconocimiento otorgado por una mujer de diecisiete años no emancipada; que en la doctrina y la jurisprudencia anteriores a la reforma la tesis dominante era la simple exigencia de capacidad natural; que en el intervalo entre la entrada en vigor de la Ley de 11 de mayo y la de 7 de julio de 1981 los varones mayores de catorce años años y las mujeres mayores de doce podían reconocer hijos sin necesidad de requisito complementario alguno; que el artículo 1.329 C.c. contiene una referencia análoga, <<que con arreglo a la Ley pueda casarse>>, a la del artículo 121 que estudiamos, y "como estas capitulaciones pueden otorgarse antes de la boda, si se otorgan cumplidos los catorce años con anterioridad a la obtención de la dispensa, no parece haber duda que aquéllas serán válidas una vez obtenida la dispensa de edad y celebrado el matrimonio"; y, por último, "que respecto de los comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años de edad, resulta extraño que una circunstancia ajena a la capacidad natural del menor, como es el hecho de habersele concedido o no la emancipación, tenga la grave

²⁸⁹ "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", ob. cit., pág. 56.

²⁹⁰ "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", ob. cit., págs. 56 y 57.

consecuencia de decidir la validez o nulidad del reconocimiento".

La segunda tesis doctrinal que se defiende en torno a quiénes son los menores que no pueden contraer matrimonio por razón de edad, y que es la mayoritaria, considera que el menor que ha obtenido dispensa para casarse, literalmente <<puede contraer matrimonio>>, y por tanto puede reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial. En consecuencia, podrían reconocer sin necesidad de aprobación judicial los mayores de edad, los menores emancipados, y los mayores de catorce años que hubiesen obtenido dispensa de edad para casarse²⁹¹.

Otra tesis, que parece es la defendida por ALBALADEJO²⁹², sería mantener que los menores mayores de dieciséis años, ya que pueden emanciparse a partir de esa edad y con ello contraer matrimonio, podrían también reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial.

²⁹¹ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 908, añadiendo que esta solución "es conforme con la conveniencia de que antes del matrimonio mismo el varón o la hembra puedan reconocer su propia prole". DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 415-416, quien razona que "debe tenerse en cuenta que la capacidad para reconocer no se le otorga al emancipado por el solo hecho de serlo, sino, de acuerdo con el artículo 121, porque el emancipado puede casarse", y que "como la capacidad para reconocer se vincula a la capacidad para contraer matrimonio, y el mayor de catorce años que ha obtenido dispensa ya la tiene en virtud de la misma, estimo que la duda ha de resolverse en favor de la capacidad. Incluso parece, aunque después de obtenida la dispensa el matrimonio no llegue a celebrarse. Debo hacer constar, sin embargo, que defendiendo esta solución no sin algunas reservas. Porque la dispensa por razón de edad exige justa causa, y ésta probablemente se apreciará en consideración al matrimonio concreto que pretende contraer". SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 653, RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", ob. cit., pág. 154, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 203, también participan de esta opinión.

²⁹² *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 241: "como, según el art. 46,1º, no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados, pero sí si están emancipados, lo que puede tener lugar desde los dieciséis años (arts. 317 y ss), es claro que *por razón de edad* no pueden contraer matrimonio los menores de dieciséis años; luego sí los que tengan de dieciséis años en adelante". Esta solución, que fija la capacidad para reconocer sin necesidad de aprobación judicial en una edad concreta, no creemos que pueda defenderse en nuestro Derecho. Se puede contraer matrimonio, *por razón de edad*, porque se está emancipado o porque se ha conseguido dispensa, pero no por tener dieciséis o catorce años.

Por último, DÍAZ ALABART²⁹³ sostiene que todo menor no emancipado, aunque haya obtenido dispensa de edad para casarse, necesita la aprobación judicial para reconocer válidamente²⁹⁴. La autora defiende que el sentido que le da al artículo 121 C.c. es *literalmente posible y preferible en cuanto a su espíritu* al de que los "dispensados de emancipación" pueden reconocer sin necesidad de aprobación judicial, sentido que resume de la siguiente forma: "por sí solos son capaces de reconocer únicamente quienes, estando emancipados, son independientes, y los que no estén emancipados (como es el caso del dispensado no casado) necesitan aprobación judicial, porque no son independientes"²⁹⁵.

²⁹³ Apunta esta solución la autora en "La edad mínima para reconocer hijos", ob. cit., pág. 537, señalando que los mayores de catorce años pueden reconocer con aprobación judicial, "si bien, para reconocer, no les será preciso obtener dispensa para casarse (art. 48, 2º) y, además, conseguir la aprobación judicial de su reconocimiento (art. 121), sino que la única precisa es ésta, y habrá que obtenerla, aunque hubiese sido ya otorgada dispensa para casarse. Ello por razón de que, debiendo conceder ambas el juez, sería reiterativo tener que pedirle las dos para el reconocimiento, y por razón, también, de que la aprobación del reconocimiento es específica de éste, y habrá que ver el caso, para otorgarla o no sin que valga decir que la dispensa para casarse pone en condiciones de casarse, luego levanta el impedimento de contraer matrimonio por razón de edad, y por ello permite reconocer sin más"; y la argumenta en un trabajo posterior, "El reconocimiento del dispensado de emancipación para casarse necesita ser aprobado judicialmente, si aún no se casó", en *Actualidad Civil*, 1987, núm. 5, págs. 281 y ss.

²⁹⁴ Comparten esta opinión Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 261, indicando que, a pesar de que el mayor de catorce años puede contraer matrimonio con dispensa, "es sumamente dudoso que ésta se extienda a la capacidad plena para reconocer. A nuestro juicio, el sentido de la norma es objetivo: se tiene o no capacidad para contraer matrimonio, sin que contemple las excepciones". También Pérez Pascual, "La menor edad en el matrimonio", en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, II, pág. 759, cuando habla de los efectos jurídicos producidos por la interrelación entre la menor edad y el matrimonio: "los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitan la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para la validez del reconocimiento de la filiación (art. 121 CC.). Como no tiene sentido, en este punto, hablar de dispensas judiciales del artículo 48 CC., parece que la conclusión ha de ser la de que sólo pueden reconocer libremente hijos no matrimoniales los menores de edad emancipados y los mayores de edad. Aquí el CC. es acertado porque, en todo caso, remite al Juez la decisión última en supuestos de persona que no sea plenamente capaz por razón de edad, la que (la redacción del artículo 121 CC. así lo permite) tiene capacidad, para tramitar el expediente con independencia de la edad". Por último, según Gete-Alonso, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 44 y 45, sólo el menor emancipado y el mayor de edad tienen plena capacidad para reconocer a su propia prole, explicando que "a pesar de lo que pueda deducirse de la dicción del artículo 121 CC no le basta -para reconocer, al menor de edad- con haber obtenido dispensa de edad (artículo 48 CC) para casarse si, efectivamente, no lo ha hecho. La autorización judicial será precisa cuando, aun teniendo dispensa para casarse, no se ha contraído matrimonio, pues dispensa de edad y aprobación judicial (aunque son otorgadas por el mismo Juez) tienen un significado diverso"

²⁹⁵ DÍAZ ALABART, "El reconocimiento del dispensado de emancipación...", ob. cit., pág. 286.

Argumenta DÍAZ ALABART que los dispensados de edad no están entre los que *pueden contraer matrimonio por razón de edad*, ya que pueden contraerlo *por razón de la dispensa*, "así que no les alcanza la exención de aprobación judicial que la pura letra del artículo 121 otorga, *a contrario*, a quienes sí puedan contraer matrimonio por razón de edad (realmente de emancipación)"²⁹⁶. En relación al propósito o espíritu de la Ley de 13 de mayo de 1981, señala que con la fórmula empleada el legislador "se propuso remitir la concreción de la aptitud para reconocer a la aptitud que en la otra ley (la de 7 de julio) resultase concretada para casarse, pero pensando en pedir para reconocer la aptitud *general* para casarse, no también la aptitud que, por excepción basada en la dispensa, pudiese corresponder al que le cabe casarse, no en virtud de la regla, sino por una excepción, la que la dispensa hace posible"²⁹⁷, y "no con espíritu que alcance a que *puedan reconocer los dispensados*, sino con espíritu que alcanza a que *puedan reconocer los que no puedan contraer matrimonio porque <<están ligados con vínculo matrimonial>> (46-2º)*"²⁹⁸.

Acaba DÍAZ ALABART la fundamentación de su tesis aludiendo a la "exótica, mágica

²⁹⁶ "El reconocimiento del dispensado de emancipación...", ob. cit., pág. 286. Incide más en la idea firmando que "se puede ciertamente argumentar, a tenor de lo expuesto, que ya que el artículo pide aprobación judicial para quienes no puedan casarse por razón de edad (realmente, de falta de emancipación), está pidiendo *literalmente* tal aprobación para los dispensados, que ciertamente pueden casarse, pero no por razón de edad, sino por razón de dispensa, luego están entre los que, por razón de edad no podrían casarse, y, consecuentemente, necesita aprobación judicial el reconocimiento que hagan"

²⁹⁷ DÍAZ ALABART, *últ. ob. cit.*, pág. 287. Sigue diciendo que este propósito del legislador, de emitirse al artículo 46.1º en cuanto a la capacidad para casarse, "es palpable si se estudia la tramitación parlamentaria del actual artículo 121".

²⁹⁸ DÍAZ ALABART, "El reconocimiento del dispensado de emancipación...", ob. cit., pág. 288. Sigue diciendo la autora que lo que ha querido el legislador es que pueda reconocer por sí solo el que tiene independencia para estar emancipado, sin que puedan traerse a colación "las posibles paternidades o maternidades prematuras, que, aparte de ser *rara avis* que no justifican una regla general de permisividad de lo que no ocurre ordinariamente, tienen siempre la salida, para fijar la filiación, de ser declaradas judicialmente (o la madre, además, la del artículo 120-4º), de permitir reconocer por sí solos a los progenitores después de casados y, en última instancia, antes con aprobación judicial"; y que "no está de más esta aprobación, aunque el caso del dispensado fuese dudoso de necesitarla o no, porque de algún modo puede evitar un posible riesgo para el reconocedor, de echarse encima un hijo quizá no suyo, cuando, como hoy con el divorcio, es más fácil librarse del cónyuge que del hijo. Lo que de algún modo hasta inclinaría a ser más riguroso con el reconocimiento que con el matrimonio"

o potentísima dispensa", capaz de alcanzar aquéllo para lo que no se concede, es decir, para reconocer sin necesidad de aprobación judicial²⁹⁹, y reinterpretando el principio que entiende implícito en las anteriores posturas, más extensivas en cuanto a la capacidad del menor para reconocer, a saber, el principio de la máxima capacidad posible³⁰⁰, "con lo que sólo se carecería de ella cuando se recortase o se viese claramente que no la admite la ley para el caso que sea"³⁰¹. Entiende la autora que la postura adecuada es la de decir: "¿cómo no va a ser razonable que se necesite la aprobación del Juez, que aprobará si es sensato, y no si no, en vez de dar manos libre a un reconocedor en las fronteras de su mínima aptitud, a riesgo de que por inmadurez o seducido se deje convencer de lo que no procede?"³⁰².

²⁹⁹ DÍAZ ALABART, *últ. ob. cit.*, págs. 288-289. Razona concretamente que "como ocurre que tomando el artículo 121 en el sentido de que se puede reconocer desde que se está dispensando la emancipación para casarse, no existe el límite de que los reconocibles sean sólo los hijos del dispensado habidos con su futuro cónyuge, se habría de llegar a la conclusión de que aquél puede reconocer hijos habidos con éste o con cualquier otra persona", lo que resulta tan extraño y desencajado que convence de que el menor dispensado ni siquiera pueda reconocer a sus propios hijos; y que "es una cosa chocante que una tal dispensa, que ya es cosa *excepcional* dada para casarse, pueda llevar a permitir hacer algo que no es propiamente el fin para el que *excepcionalmente* tiende a habilitar". Llegando a una conclusión interesante: "en el fondo de todo el asunto hay una cierta equivalencia de papel entre la dispensa (para casarse) y la aprobación judicial (para el reconocimiento). De tal manera que esta aprobación representaría -a la vista del reconocimiento de que se trate- como una dispensa para que valga el reconocimiento hecho por el menor no emancipado. Así que no por la dispensa para casarse se habilite para reconocer a cualquier hijo, sino que ante el reconocimiento concreto del hijo que sea, se le conceda o no la aprobación judicial, como a la vista concreta del matrimonio proyectado, se le dispensa o no de emancipación para contraerlo"

³⁰⁰ GONZÁLEZ PORRAS, "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1984, I, pág. 461, señala en relación a este tema que "una cosa es que el menor se considere como un incapaz, lo que no es de recibo, y otra que la idea del <<favor minoris>> se dilate excesivamente hasta el caso que se contempla, por ejemplo, en el art. 121 de (al menos así parece en una primera lectura) permitir a quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad -por tanto, y en caso límite al menor de catorce años, ex art. 48, 2º, del Código Civil- reconocer a sus hijos, y que con independencia de los arts. 663 y 1263 del C.c. (no reformados), lo cierto es que la disociación entre realidad y tipicidad es francamente enorme, pues para reconocer en tan temprana edad, en más temprana edad han debido procrear".

³⁰¹ DÍAZ ALABART, "El reconocimiento del dispensado de emancipación...", *ob. cit.*, pág. 289. Considera la autora que "por llegar a una ampliación de capacidad *excesiva* se deja un caso, por lo menos dudoso, sin suficientes garantías, rebajando -creo que sin razón- hasta límites peligrosos la capacidad para reconocer por sí solo y sin la intervención judicial"

³⁰² DÍAZ ALABART, "El reconocimiento dispensado de emancipación...", *ob. cit.*, pág. 290. Contra esta profusión de argumentos se ha opuesto por PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", *ob. cit.*, pág. 58, nota 6, que "de seguir la opinión de estos autores la perifrasis "quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad", habría devenido inútil. Bastaría que el artículo 121 hubiera dicho: el reconocimiento otorgado

2.2.2. Antecedentes legislativos.

Para llegar nosotros a la solución más convincente, empecemos por preguntarnos cuál pudo ser la finalidad perseguida por el legislador de la filiación al introducir esta especial regla sobre capacidad para reconocer por razón de la edad del reconocedor, chocante, para empezar, porque precisamente lo que se va a determinar es una filiación no matrimonial, una filiación que se da fuera del matrimonio. Para intentar descubrir esta finalidad nada mejor que el estudio de la tramitación parlamentaria del precepto por lo que a la edad se refiere.

El Proyecto del Gobierno hablaba simplemente de <<menores>> que tuvieran suficiente juicio para reconocer, permitiéndoles en ese caso realizar el acto³⁰³.

Las enmiendas al precepto presentadas en el Congreso fueron bastantes, aunque en ninguna se hace referencia a la capacidad para contraer matrimonio. Interesa citar, por las concretas referencias a una específica edad³⁰⁴ en la que se podía reconocer, las dos siguientes³⁰⁵:

- La nº 473, firmada por Alzaga Villaamil, del grupo UCD, proponía que fuese nulo el reconocimiento otorgado por un varón menor de catorce años o por persona que al tiempo de otorgarlo tuviera perturbadas sus facultades mentales o careciese, en ese momento, del necesario discernimiento, siendo válido, por el contrario, el reconocimiento otorgado por un

por los incapaces o por los menores necesitará etc. Para los menores emancipados sería suficiente el artículo 323 Cc.".

³⁰³ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 176.

³⁰⁴ Citaremos también, en algunos casos, lo establecido para incapaces o incapacitados, a pesar de haber hecho anteriormente las oportunas referencias, porque se vincula la capacidad, parece que tanto por razón de edad como de incapacitación judicial, a conceptos como el "necesario discernimiento" o el "suficiente juicio"

³⁰⁵ No hacen especial referencia a una edad determinada: la nº 21, firmada por Pelayo Duque, del grupo UCD, <<Para reconocer basta la capacidad de discernimiento>> (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 237); la nº 188, del grupo Socialistes de Catalunya, que dejaba inalterada la referencia del Proyecto a menores e incapaces (*últ. ob. cit.*, pág. 281); la nº 283, del grupo Socialista, que habla de menores que tuvieran suficiente juicio (*últ. ob. cit.*, pág. 308), y la nº 379, del grupo Minoría Catalana, que igualmente sólo menciona a "menores" (*últ. ob. cit.*, pág. 330).

menor de edad mayor de catorce años o por un incapacitado con suficiente juicio al otorgarlo³⁰⁶.

La n° 6, firmada por Aizpún Tuero, del grupo Mixto, proponía que los menores podían reconocer en escritura pública desde los catorce años³⁰⁷.

El Informe de la Ponencia, de 22 de mayo de 1980, reviste también interés porque se establece una edad concreta como línea divisoria para la aplicación de uno u otro de los dos regímenes de validez del reconocimiento que se incorporarán al texto definitivo de la Ley. El artículo 121 quedaría redactado así: <<El reconocimiento hecho por los menores de catorce años o incapaces precisará, por [sic] su validez, aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>³⁰⁸. Redacción que es recogida en el Dictamen de la Comisión, de 1 de diciembre de 1980, con la corrección de <<para su validez>>, redacción corregida que será aprobada por el Congreso³⁰⁹.

En el Senado se presentó una única enmienda al artículo 121 C.c., la 119, del grupo UCD, que sigue manteniendo una concreta edad para diferenciar la capacidad del reconocedor: <<El reconocimiento otorgado por un varón menor de catorce años o por un incapaz o persona que careciese del necesario discernimiento será nulo... El reconocimiento hecho por un varón menor de edad, mayor de catorce años, o por un incapacitado con suficiente juicio, será eficaz una vez que haya sido judicialmente aprobado>>. Después de explicar las razones para el establecimiento de una edad mínima a partir de la cual se puede reconocer, se razona que "como concesión al criterio del proyecto puede admitirse la validez del reconocimiento, si el

³⁰⁶ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 360.

³⁰⁷ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 232.

³⁰⁸ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 386. Se aceptan parcial o esencialmente, para llegar a esta redacción, las enmiendas 188, 379 y 473.

³⁰⁹ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 429.

reconocedor varón, aunque no haya alcanzado la mayoría de edad, ha cumplido ya los catorce años (las probabilidades fisiológicas de que un varón sea padre son entonces mucho mayores), o si se trata de un incapacitado a quien se considera que tenía juicio suficiente para reconocer, cuando el reconocimiento tuvo lugar. En estos casos la aprobación judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, y sin el aparato de un juicio declarativo, puede ser bastante para dar por bueno el reconocimiento³¹⁰.

Siguiendo con la tramitación del Proyecto en el Senado, llegamos por fin al Informe de la Ponencia, de 24 de marzo de 1981, donde, inopinadamente, aparece la expresión <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, quedando ya fijado desde ese momento legislativo el contenido del artículo 121 del Código. Se introduce la nueva redacción del precepto indicando que "la Ponencia, partiendo de las argumentaciones contenidas en la enmienda número 119, considera que debe habilitarse al menor en tales supuestos de paternidad o maternidad", y en base a ello redacta el artículo 122, que corresponde al 121 del Proyecto y al definitivo del Código civil, de la siguiente manera: <<El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad precisará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>³¹¹.

Una primera idea que se puede extraer del Informe de la Ponencia, que es en definitiva el que nos interesa al introducir un criterio innovador sobre la capacidad para reconocer por razón de edad, es que, si bien se rechaza el texto propuesto en la enmienda 119, sus argumentaciones sí se aceptan, y éstas implican, por una parte, el establecimiento de una edad

³¹⁰ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 683.

³¹¹ *Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 721.

mínima (catorce años) por debajo de la cual no se admite el reconocimiento³¹², y, por otra, el sometimiento a aprobación judicial de los reconocimientos de todos los menores de edad mayores de catorce años. Esto es lo que se deduce de la enmienda, y lo que, según declaración expresa, parece pretender el Informe de la Ponencia, lo que no quiere decir que se consiga con la redacción dada al precepto, pues la remisión a las reglas del matrimonio nos pueden conducir a resultados distintos.

En segundo lugar, ocurre que la introducción de este criterio diferenciador de los sujetos que, por razón de edad, pueden reconocer con o sin aprobación judicial, basado en la capacidad para contraer matrimonio, también por razón de edad, nos obliga a preguntarnos cuál era esta capacidad para contraer matrimonio que tenía en mente el legislador del régimen de la filiación, en ese concreto momento, alrededor de marzo de 1981, en que aparece la referencia a ella. Lo que nos lleva a estudiar la situación legal de la capacidad para contraer matrimonio por razón de edad cuando se introduce su referencia en materia de filiación.

En marzo de 1981 seguía vigente la anterior regulación del matrimonio, que no se modificó hasta julio de ese año, y que establecía, en el artículo 83.1º del Código civil, que no podían contraer matrimonio <<los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos>>, sin recoger la dispensa de edad³¹³. Por razón de edad

³¹² Es dudoso que en el ánimo del Informe de la Ponencia estuviese aceptar el establecimiento de esta edad mínima por debajo de la cual el reconocimiento sería nulo, pues no puede deducirse del texto que propone y, sin que quede claro a qué se refiere, afirma que "debe habilitarse al menor en tales supuestos de paternidad o maternidad".

³¹³ BAENA RUIZ, "La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio", en *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1984, pág. 60, nos dice que "con esta prohibición o causa de incapacidad para contraer matrimonio mantenía el Código Civil la edad núbil fijada por el Derecho Romano y más adelante por las Partidas y por el Derecho Canónico anterior al Codex, equiparando ésta con la pubertad, pues se identificaba la edad núbil con la posibilidad de tener hijos; avalando tal tesis el que la incapacidad por razón de edad fuese un impedimento dirimente no susceptible de dispensa".

eran, pues, estos menores los que no podían contraer matrimonio. Podría pensarse que el reformador de la filiación estaba pensando en esta edad para contraer matrimonio, que era entonces la vigente, pero inmediatamente hay que descartar esta idea por dos razones. Primero porque en esos momentos se estaba tramitando la futura Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó el Código civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio, y desde un principio y a lo largo de todo el proceso era bastante unánime la intención de reformar esta regla de capacidad para contraer matrimonio para establecer que no podrían contraer matrimonio los menores de edad no emancipados³¹⁴. El artículo 46 del Proyecto de Ley de 13 de marzo de 1980 contenía la misma referencia a los menores que aparece en el actual del Código civil, mantenida en el Informe de la Ponencia, de 6 de diciembre, en el Dictamen de la Comisión, de 30 de diciembre, y en el texto aprobado por el Pleno del Congreso el 20 de abril de 1981. Parece evidente que cuando, modificando el régimen de la filiación, se introdujo la expresión <<los que no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, se tenía presente que esta edad no iban a ser los catorce o los doce años de la legislación vigente, y que la capacidad para contraer matrimonio se mediría, en principio, en función de la emancipación.

Y segundo, porque la regulación que establece el artículo 121 C.c., con independencia

³¹⁴ La referencia a los menores no emancipados, o la aceptación de la regla que les impide contraer matrimonio, aparece o se deduce de prácticamente todas las enmiendas presentadas al efecto en el Congreso, si bien varían las posibilidades de dispensa o de licencia que se prevén en ellas. La nº 216, del grupo Andalucista, propone que no podrán contraer matrimonio <<los menores de edad no emancipados, mayores de catorce años si son varones y de doce si son hembras, salvo que obtengan licencia de las personas a quienes corresponda otorgarla>> (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, II, ob. cit., pág. 1309). La nº 295, del grupo Socialista, solicita la supresión de la dispensa de edad (*últ. ob. cit.*, pág. 1354). La nº 158, del grupo de Minoría Catalana, admite que puede dispensarse el impedimento de edad para mujeres no menores de doce años o varones no menores de catorce. (*últ. ob. cit.*, pág. 1285). La nº 66, del grupo Comunista, introduce que puede dispensarse el impedimento de edad a partir de los dieciséis años (*últ. ob. cit.*, págs. 1253-1254). La nº 3, de Coalición Democrática, ofrece como texto alternativo <<Son incapaces para contraer matrimonio... los menores de edad no emancipados>>, pudiendo dispensarse el impedimento de edad (*últ. ob. cit.*, pág. 1211). La nº 57, del grupo Comunista, presenta como texto alternativo <<No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados>> (*últ. ob. cit.*, pág. 1240). Igual redacción se le da al artículo 46.1º por las enmiendas 250, del grupo Socialistas de Catalunya (*últ. ob. cit.*, pág. 1319), y 291, del grupo Socialista (*últ. ob. cit.*, pág. 1341), sin que en ninguna de las dos se prevea la dispensa de edad.

de cual sea esa edad límite diferenciadora de los dos regímenes previstos, en todo caso prevé que los menores de esa edad pueden reconocer, aunque sea con aprobación judicial; y realmente los que no pueden contraer matrimonio porque son menores de catorce años, en el caso de los varones, o de doce, en el caso de las mujeres, tampoco podrán reconocer, ni siquiera con aprobación judicial, o en todo caso ésta debe denegarse, pues no parece posible la procreación a edades inferiores. El derogado artículo 83.1º C.c. identificaba capacidad de procreación con capacidad para contraer matrimonio³¹⁵, por lo que no tenían ésta última los que no podían engendrar, que se presumía ocurría cuando el varón era menor de catorce años y la mujer menor de doce. Si el hombre y la mujer menores de esas edades no podían engendrar, lógicamente tampoco podrían reconocer la filiación por ser imposible ésta.

Queda, por tanto, descartado que en el ánimo del legislador al redactar el artículo 121 C.c. estuviese asimilar <<los que no puedan contraer matrimonio>> con los <<varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos>>, es decir, asimilar la capacidad para reconocer sin necesidad de aprobación judicial con la capacidad para contraer matrimonio prevista en la legislación entonces vigente³¹⁶. Y como todavía no se había aprobado la nueva Ley que regulaba esta materia, ni cuando se introdujo por el Informe de la Ponencia la dicción del artículo 121 que sería definitiva ni cuando se aprobó, en mayo, la Ley 11/1981, sólo cabe pensar que el legislador:

- o bien se refería a la capacidad para contraer matrimonio, coincidente con la

³¹⁵ BAENA RUIZ, "La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio", ob. cit., págs. 60 / 61, incide en la idea con varias afirmaciones: la capacidad sexual era la condición que debía reunir una persona a fin de tener capacidad para contraer matrimonio, la edad núbil equivalía a la de la pubertad y la capacidad de procreación implicaba la capacidad para contraer matrimonio, y la aptitud física o biológica era la determinante de la capacidad para contraer matrimonio.

³¹⁶ DÍAZ-ALABART, "La edad mínima para reconocer hijos", ob. cit., pág. 536, advierte que "el legislador sin duda no tenía que estar perdiendo de vista que la remisión que hacía en el reconocimiento a la edad para casarse, iba a resultar luego hecha, no a lo que decía entonces el Código sobre el tema, sino a lo que en revisísimo plazo iba a decir, después de su modificación"

capacidad para reconocer que pretendía instaurar, que entonces se estaba discutiendo y tenía muchas probabilidades de llegar a cuajar en texto definitivo;

- o bien empleó una fórmula de remisión a un problema que todavía no estaba resuelto para desembarazarse del suyo propio en ese momento, que consistía en llegar a una regulación de la capacidad para reconocer en razón de la edad hasta entonces muy discutida en toda la tramitación parlamentaria;

- o bien consideró que, fuese cual fuese la capacidad para contraer matrimonio por razón de edad, la misma capacidad habría que exigir para reconocer válidamente la filiación no matrimonial sin necesidad de ningún complemento o requisito legal añadido.

No tenemos suficientes elementos de juicio para llegar a más en nuestra investigación de la razón última por la que el legislador se remitió a la capacidad para contraer matrimonio, sólo podemos apuntar algunas ideas que nos surgen al hilo de estas posibilidades que barajamos³¹⁷. Respecto de la primera opción, nos parece sumamente improbable que el legislador de la filiación, si tenía una idea clara de a partir de qué edad se podía reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial, dejase la fijación de este criterio al albur de que se convirtiese en texto definitivo lo que en ese momento se estaba discutiendo sobre la capacidad para contraer matrimonio por razón de edad, que incluiría tanto la regla general referida a los menores emancipados, como la excepción que permitía a los mayores de catorce

³¹⁷ Queremos también señalar que la equiparación entre capacidad para contraer matrimonio y capacidad para reconocer no era una idea desconocida en el momento de redactarse el art. 121 C.c. ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. IV, Madrid, 1984, pág. 365, resumiendo el panorama doctrinal anterior a la reforma, habla de una corriente (Albaladejo, Royo) que, ante la falta de una regla expresa, defendía que el menor podía reconocer desde que tenía la capacidad fisiológica (pubertad) para casarse, es decir, desde los doce o catorce años. Quizá el legislador pensó en esta tesis, aunque tras la reforma todo cambiaba: los autores identificaban la capacidad para casarse, que entonces coincidía con la capacidad fisiológica, con la capacidad para reconocer, mientras que ahora se identifica la capacidad para casarse con la capacidad para reconocer sin necesidad de aprobación judicial; además, la capacidad para contraer matrimonio ya no iba a coincidir con la capacidad fisiológica, sino con la capacidad mental, reflejada en la emancipación.

años contraer matrimonio con dispensa judicial³¹⁸. Si la intención del legislador era que los menores de edad a partir de los catorce años, y ya se entienda con dispensa para contraer matrimonio o en cualquier caso, podían reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial, debería haberlo establecido expresamente en el artículo 121 C.c., referido a la capacidad para efectuar un reconocimiento de filiación, y no remitirse a una regla que todavía no era definitiva. Lo único que podía tener más o menos claro es que, como regla general, no podrían contraer matrimonio los menores no emancipados, pues sobre esto prácticamente no se habían planteado discrepancias³¹⁹, no así sobre la dispensa a partir de los catorce años, que no se incluía en el Proyecto del Gobierno ni había consenso sobre ella en la tramitación parlamentaria³²⁰.

³¹⁸ Cuando se introduce la problemática referencia a <<los que no puedan contraer matrimonio por razón de edad>> en el Senado (24 de marzo de 1981), todavía se están discutiendo las enmiendas presentadas en el Congreso a la futura Ley sobre el régimen matrimonial y el Dictamen de la Comisión, en el que se establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y se prevé la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años, normas que pasan al texto aprobado por el Pleno del Congreso el 20 de abril de 1981. Esta regulación pasaría al texto definitivo aprobado el 6 de julio de 1981, pero bien podría haberse modificado, por ejemplo, aceptando la enmienda que en el Senado presentó el grupo de Senadores Vascos, la nº 38 (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, II, ob. cit., pág. 1778), que solicitaba la sustitución de la frase "catorce años" por la de "dieciséis años" en el artículo 48; enmienda que se justificó alegando que "se trata de que el impedimento de edad se eleve a dieciséis años, a fin de que los contrayentes tengan la suficiente madurez psicológica para contraer matrimonio"

³¹⁹ GONZÁLEZ PORRAS, "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil", ob. cit., pág. 463, también señala que "el elevar la edad para contraer matrimonio, en la forma que actualmente regula el Código Civil, contó desde el primer momento con el consenso de todos los grupos parlamentarios, si se hace la salvedad de alguna enmienda (la núm. 191 del centrista Díez Pinés)". Efectivamente, en esta enmienda, firmada por Díaz-Pinés Muñoz (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, II, ob. cit., pág. 1297), se mantiene que "no resulta fácil comprender, sin una fundamentación adecuada, por qué el artículo 46, 1, del proyecto eleva la edad núbil prácticamente a los dieciocho años, ya que la emancipación no suele ser frecuente y, en realidad, es un efecto y no un presupuesto del matrimonio".

³²⁰ Incluso en alguna enmienda, como la nº 295, del grupo Socialista, se pedía su supresión, pues "el menor de dieciséis años, como sujeto en formación y sin capacidad para contratar, no puede ser dispensado ni en éste, ni en cualquier otro contrato para obligarse" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, II, ob. cit., pág. 1354). Tampoco se prevé la dispensa de edad en el texto alternativo presentado en la enmienda 250, del grupo Socialistas de Catalunya: "se prohíbe al menor de dieciséis años el contraer matrimonio, y ello porque entendemos en concordancia tanto con la tesis mantenida en todo momento por este Grupo en el sentido de que el menor de dieciséis años es un sujeto en formación como con nuestra propia legislación, cuando prohíbe al menor de dicha edad acceder a la plena capacidad de contratar a través de la figura de la emancipación" (*últ. ob. cit.*, págs. 1329-1330).

Respecto de las otras dos opciones que hemos ofrecido, nos conducen en todo caso a la capacidad para contraer matrimonio por razón de edad que quedó definitivamente regulada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, lo que nos permite dejar el estudio de los antecedentes legislativos para pasar a la interpretación que puede deducirse de la conjugación del artículo 121 C.c. con la capacidad para contraer matrimonio.

2.2.3. La edad para contraer matrimonio.

El artículo 121 C.c. establece que necesitan aprobación judicial los reconocimientos de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>. Una interpretación literal del precepto nos conduce, pues, a las reglas que sobre la edad se establezcan en sede de matrimonio, a las reglas que sobre capacidad para contraer matrimonio en función de la edad del contrayente establezca el Código civil.

¿Cuáles son estas disposiciones? Tenemos, en primer lugar, la regla general prevista en el artículo 46.1º C.c., según la cual no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados. Tenemos también otra regla, ésta excepcional, en el artículo 48, párrafo segundo, C.c., que permite contraer matrimonio a los mayores de catorce años no emancipados que hayan obtenido dispensa de edad. Pero no acaban aquí las disposiciones que sobre la capacidad para contraer matrimonio en función de la edad establece el Código: cabe la convalidación del matrimonio celebrado sin dispensa judicial, siempre que ésta se otorgue con posterioridad al mismo (art. 48, párrafo tercero, C.c.), y cabe la convalidación del matrimonio celebrado por quien no tiene edad suficiente para contraerlo si los cónyuges hubiesen vivido juntos durante un año después de alcanzada la mayoría de edad (art. 75, párrafo segundo C.c.).

Resulta de todo lo anterior que, por razón de edad, podrán contraer matrimonio no sólo los mayores de edad o menores emancipados, sino también los no emancipados mayores de catorce años (siempre que concurra la dispensa prevista en el artículo 48 C.c. o se convalide

el matrimonio con arreglo a lo establecido por el artículo 75 C.c.) e incluso menores de esta edad (si se convalida con posterioridad el matrimonio cumpliendo las exigencias del artículo 75 C.c.)³²¹.

Parece obvio que cuando el artículo 121 del Código civil se refiere a <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, no se remite a todas estas disposiciones que regulan la capacidad matrimonial en función de la edad de los contrayentes, pues ello supondría reducir al absurdo la regla prevista en dicho artículo. Ateniéndonos a lo establecido en sede de matrimonio, no cabe afirmar que no pueden contraer matrimonio, por ejemplo y llegando a un caso extremo, los menores de catorce años, pues habrá casos en que sí lo habrán podido contraer, todos aquellos en los que el matrimonio se haya convalidado de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 75 C.c.. El Código civil admite la validez³²² de los matrimonios

³²¹ GARCÍA CANTERO, "De los requisitos del matrimonio", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo II, Artículos 42 a 107 del Código Civil, ed. Edersa, 1982, págs. 72 y 73, después de afirmar que la regulación de la edad es "compleja, y de alguna manera titubeante", que tienen capacidad matrimonial los mayores de edad, los menores emancipados por cualquier causa y los menores no emancipados que habiendo cumplido catorce años han obtenido dispensa judicial, y que ésta tiene eficacia retroactiva, reconoce que "además, es susceptible de convalidación por la mera convivencia entre los cónyuges durante un año después de alcanzada la mayoría. Por esta última vía cabría incluso revalidar un matrimonio contraído por menores de catorce años" Y más claramente, SALVADOR CODERCH, "Comentarios de los artículos 46 y 48 del Código Civil", en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 267, engloba todos los posibles supuestos de capacidad matrimonial por razón de edad bajo un mismo enunciado: "de los arts. 46.1º CC y 48 CC en relación con los 75 y 315 y ss. del mismo texto legal resulta que pueden contraer matrimonio: a) *Las personas mayores de edad* (...); b) *los menores de edad emancipados* (...); c) *los menores de edad no emancipados pero mayores de 14 años* que han obtenido la correspondiente *dispensa judicial* para contraer matrimonio... o que la obtengan luego de haber contraído el matrimonio (...); d) por último, el juego del art. 75 CC permite la *convalidación* del matrimonio contraído por *el contrayente o contrayentes menores de 14 años* si se dan las circunstancias de convivencia durante un año a partir de la mayoría de edad del contrayente o contrayentes menores sin que se haya interpuesto durante ese período la acción de nulidad".

³²² PÉREZ PASCUAL, "La menor edad en el matrimonio", ob. cit., pág. 757, mantiene que "el matrimonio del menor es válido, aunque claudicante, en los supuestos en que no esté emancipado (art. 46-1º CC.) y no haya obtenido la dispensa judicial del artículo 48 CC. Y ello porque mientras no sea impugnado de nulidad, tiene vocación a la consolidación como lo acredita el artículo 75 CC" Y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia*, Tomo I, ed. Civitas, 1988, pág. 127, nota 33, hablando de la convalidación de los matrimonios de menores de edad prevista en el art. 75, párrafo 2º, C.c., señala que "este régimen de la convalidación que tiene efectos retroactivos da pie para sostener que el matrimonio de los menores de edad, a partir de los catorce años, no es nulo sino impugnable, y que produce todos sus efectos mientras no sea impugnado"

celebrados por menores de catorce años, si bien excepcionalmente y verificada con posterioridad a la celebración del mismo, lo que no obsta para afirmar que efectivamente, y por lo que respecta a la alusión genérica a <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, estos menores de edad pueden contraer matrimonio. O dicho de otra manera, si se produce la convalidación prevista en el artículo 75 C.c., en estos casos sí han podido contraer matrimonio por razón de edad (en realidad, por razón de convalidación) menores de catorce años, por lo que no hay una incapacidad absoluta para contraer matrimonio por debajo de los catorce años, y, consecuentemente, no hay una edad específica, expresamente establecida que nos sirva de referencia, por debajo de la cual no se pueda contraer matrimonio en ningún caso.

Si, a tenor de las reglas sobre capacidad matrimonial, pueden contraer matrimonio incluso las personas menores de catorce años, consecuentemente no se puede decir que entran dentro de la literalidad del artículo 121 C.c., dentro de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>. Y afirmar que, porque no tienen una incapacidad absoluta para contraer matrimonio, los menores de catorce años pueden reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial, nos parece no sólo absurdo sino prácticamente imposible, tanto por razones biológicas como por razones de madurez mental.

A este sinsentido llegamos si, guiados por el tenor literal del artículo 121 C.c., llevamos a sus últimas consecuencias la búsqueda de una edad concreta por debajo de la cual no se puede contraer matrimonio, y la identidad entre esta edad y la edad para reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial. Una interpretación estrictamente literal del artículo 121 C.c., que trate de buscar una incapacidad absoluta para contraer matrimonio por razón de edad, conduce al absurdo, porque parece, a tenor de lo dicho, que no la hay; lo que demuestra, además, la incongruencia de remitir la edad para reconocer a la edad para contraer

matrimonio, dos instituciones distintas en las que la edad, y las reglas generales o excepcionales en torno a ella, juegan un papel también distinto³²³.

La utilización de este argumento interpretativo, la reducción al absurdo de la regla contenida en el artículo 121 C.c., nos sirve para rechazar una interpretación estrictamente literal del precepto y defender, por el contrario, que será necesaria la aprobación judicial para la validez incluso de los reconocimientos de menores de edad que, por aplicación de las reglas sobre capacidad matrimonial, pueden contraer matrimonio. Quiénes sean estos menores dependerá de otros factores, y no sólo del hecho de que puedan o no contraer matrimonio. Cuando el artículo 121 C.c. exige la aprobación judicial para la validez de los reconocimientos de quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad, no está pensando en los que en ningún caso pueden contraer matrimonio, permitiendo, por contra, que todos los que, aunque sea excepcionalmente, puedan contraer matrimonio por razón de edad puedan, a su vez, reconocer por sí solos, sino que se refiere a las reglas generales sobre capacidad para contraer matrimonio por razón de edad. Los supuestos excepcionales sólo tienen su razón de ser, su explicación, en sede de matrimonio, y no es lógico, sino todo lo contrario, pretender incluir esos supuestos excepcionales en sede de reconocimiento, porque la institución los rechaza.

Ello nos lleva a excluir, por ser inaplicable en sede de reconocimiento de la filiación, el supuesto más excepcional de capacidad para contraer matrimonio por razón de edad, contenido, *sensu contrario*, en el artículo 75 C.c. Aunque un menor de catorce pueda contraer matrimonio, controlándose su capacidad para el mismo a través de la convalidación prevista

³²³ En este tema se han relacionado, mal, matrimonio y reconocimiento, cuando, por el contrario, y según GETE-ALONSO, "Emancipación y matrimonio", en *Revista de Derecho Privado*, 1985, I, pág. 4, "a nivel legislativo -y esto es sobradamente conocido de todos-, matrimonio (Ley 7-VII-1981) y familia (Ley 13-V-1981) han sido tratados como *compartimentos estancos* entre los que no cabían interferencias"

en dicho precepto, no puede entenderse por ello que igualmente ese menor pueda reconocer válidamente la filiación sin necesidad de aprobación judicial, ya que la única manera de controlar en este caso su capacidad es a través de esta aprobación.

Descartamos, pues, que los menores de catorce años, si se admite que cabe el reconocimiento en estos casos, puedan reconocer válidamente la filiación sin necesidad de aprobación judicial. Basta decir que en muchos casos será imposible la filiación (si se reconoce con catorce o menos años, antes se ha debido engendrar), quedaría sin aplicación la regla establecida por el artículo 121 C.c. ante la falta de supuestos de hecho, y a esa temprana edad se carece del necesario discernimiento para realizar el individuo por sí solo un acto de tanta trascendencia y responsabilidad como la admisión de la paternidad o maternidad.

Descartamos también que sólo los menores de catorce años necesiten aprobación judicial para reconocer válidamente la filiación, pues, como declaración de principios, no nos parece que se cumpla la finalidad protectora del precepto contenido en el artículo 121 C.c. extendiendo la capacidad plena para reconocer a cualquier menor mayor de catorce años. Ni la edad ni ninguna otra circunstancia personal del menor hacen presuponer que tiene la necesaria madurez mental para un acto de tanta trascendencia como el reconocimiento. Nos servirán como punto de referencia para defender nuestra tesis, los argumentos, ya citados, aducidos por DÍEZ DEL CORRAL para defender la contraria³²⁴.

Para empezar, si cualquier menor mayor de catorce años puede reconocer sin necesidad de aprobación judicial, la norma expresa, y positivamente establecida para los que necesitan aprobación judicial para reconocer válidamente, quedaría privada de sentido, no tendría prácticamente supuestos de hecho a los que aplicarse. En efecto, serían excepcionales los supuestos de varones menores de catorce años que pudieran reconocer, pues por razones

³²⁴ Vid. *supra* pág. 146.

biológicas, que hacen muy improbable la paternidad a edad tan temprana (inferior a catorce años), lo aconsejable en estos casos es que el Juez no apruebe el reconocimiento: cuando las posibilidades de que el reconocedor sea verdaderamente el padre son escasas por razón de la edad del reconocedor, en principio debería denegarse la aprobación judicial, quedándole al reconocedor la posibilidad de acudir a la vía judicial, en la que se puede comprobar la veracidad de la filiación reconocida.

Por otra parte, efectivamente se reconoce capacidad natural a partir de los catorce años para contraer matrimonio³²⁵, pero se olvida la exigencia legal de un requisito complementario que es la dispensa judicial. Entendida, pues, en sus justos términos la capacidad para contraer matrimonio a partir de los catorce años, la deducción procedente sería que se tiene capacidad natural a partir de los catorce años para reconocer con el requisito complementario de la aprobación judicial.

En tercer lugar, no nos parece correcto ni lógico deducir de la evitación de un caso límite como es el de la mujer de diecisiete años no emancipada que necesita aprobación judicial para reconocer, la admisión de otro caso límite, todavía más absurdo, como es el del varón, todavía un niño, de catorce años que puede reconocer sin aprobación judicial. Además, la mujer no tiene en todo caso que reconocer a su hijo para que se determine extrajudicialmente su filiación, pues cuenta con el mecanismo previsto en el artículo 120.4º C.c., con lo que su filiación puede quedar determinada, con independencia de su edad, sin

³²⁵ Respecto de la mención que se hace de la capacidad natural para otorgar testamento a partir de los catorce años, creemos que puede traerse a colación aquí, como medida de las profundas diferencias que existen también entre testar y reconocer, la afirmación que hace ARECHEDERRA ARANZADI, "Comentario del artículo 45 del Código civil", en *Matrimonio y divorcio*, coordinador Lacruz Berdejo, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 105, en relación al matrimonio: "el testamento, a diferencia del matrimonio, es un otorgamiento que se agota en sí mismo. No compromete el futuro personal. Únicamente afecta relativamente -todo testamento es esencialmente revocable (art. 737 del Cc)- al destino *post mortem* del propio patrimonio. No extraña, por ello, que, dada tanto su trascendencia como la escasísima vinculación personal y patrimonial que implica, se admite la posibilidad de testar a partir de esa edad"

necesidad de acudir a la aprobación judicial prevista en el artículo 121 C.c.

Otro argumento manejado es que en el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley aprobada en mayo, y la de la aprobada en julio, pudieron reconocer sin necesidad de aprobación judicial los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce. La objeción que cabe hacer aquí es que lo que puede considerarse como una excepción por el desfase entre la entrada en vigor de una Ley y la entrada en vigor de la otra a la que aquélla se remite, no es argumento para extender esa excepción a regla general.

Tampoco la referencia a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales es exacta. Al autor que la hace se le olvida aclarar que, ese menor que puede otorgar capitulaciones matrimoniales antes de la boda si con arreglo a la Ley puede casarse, necesita el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación. Obviamente, ese concurso y consentimiento es una medida de protección, y viene a limitar la capacidad, que pretende hacernos creer plena el autor, del menor para otorgar capitulaciones matrimoniales, por lo que, dándole la vuelta al argumento, también se podría entender que se necesita algún complemento de capacidad para reconocer válidamente.

Por último, la emancipación no es algo ajeno a la capacidad natural del menor, pues, en teoría, no se concede por el solo hecho de tener dieciséis años, por un mero dato objetivo, sino porque se considera, ya sea por los padres o por el Juez, que un determinado menor con esa edad tiene ya la suficiente madurez como para actuar por su cuenta y riesgo. Otro menor, también de dieciséis años, puede que no tenga esa madurez y por tanto no convenga emanciparlo.

2.2.4. Concreción de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>.

Descartada la posibilidad de que el artículo 121 C.c. se remita a todo el sistema que

en torno a la edad para contraer matrimonio se monta en el Título IV, Libro I, del Código civil, hemos ido excluyendo supuestos y llegado a la conclusión de que los mayores de catorce años, siempre que no estén emancipados, necesitan aprobación judicial para reconocer válidamente, pero, y aquí llegamos a la cuestión fundamental, ¿todos los menores no emancipados necesitan esta aprobación o los que hayan obtenido dispensa para casarse pueden prescindir de ella y reconocer por sí solos? O, lo que es lo mismo, el artículo 121 C.c., cuando se refiere a <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, ¿se remite sólo al artículo 46.1º C.c., o tanto al artículo 46.1º como al artículo 48, párrafo segundo, C.c.?

El supuesto del menor no emancipado, mayor de catorce años, que ha obtenido dispensa para casarse, plantea muchas dudas. Literalmente, puede contraer matrimonio, por lo que no estaría comprendido entre <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>> del artículo 121 C.c., pero, ¿realmente el menor dispensado puede contraer matrimonio por razón de edad? ¿El menor no emancipado mayor de catorce años que ha obtenido dispensa de edad tiene capacidad suficiente para reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial? Esta es la pregunta clave: enfrentar el problema, no desde la perspectiva de si puede o no esta persona contraer matrimonio, sino desde los mismos principios y la finalidad perseguida por el artículo 121 C.c. cuando regula la capacidad para reconocer. La solución que se le dé al supuesto no debe basarse exclusivamente en una interpretación literal del artículo 121, que en principio podría incluirlo, sino que ante todo debe fundamentarse en el espíritu del precepto.

Un argumento gramatical en favor de que el artículo 121 C.c., al hablar de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, se remite sólo al artículo 46.1º C.c. es la propia dicción del precepto, que nos envía directa y, en principio, solamente, al artículo 46 C.c., cuyo encabezamiento es precisamente <<no pueden contraer matrimonio>>. Podría

interpretarse que los que no pueden contraer matrimonio, según este precepto, son: por razón de edad, los menores no emancipados, y, por razón del principio o valor de la monogamia³²⁶, los que estén ligados con vínculo matrimonial. Y, en base a este planteamiento, entenderse que cuando el artículo 121 C.c. habla de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>> se está refiriendo a los menores no emancipados, es decir, a los que, según interpretamos el artículo 46 C.c., no pueden contraer matrimonio por razón de edad. El artículo 121 C.c., según esta tesis que nos parece defendible, se remitiría exclusivamente al artículo 46.1º C.c., excluyendo con la expresión <<por razón de edad>> a los que no pueden contraer matrimonio porque están ligados con vínculo matrimonial.

Aunque la doctrina considera que en la actualidad se tiene o no capacidad para contraer matrimonio, no en razón de una determinada edad³²⁷ sino en razón de emancipación³²⁸ (o, en su defecto, de dispensa³²⁹), lo que nos parece evidente es que el primer apartado del artículo 46 C.c. atiende, dentro de las dos limitaciones genéricas a la capacidad de obrar, a la que se da en función de la minoría de edad. Es cierto que, a diferencia del sistema anterior, no se

³²⁶ GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 69, se refiere al principio monogámico como base de nuestro ordenamiento matrimonial.

³²⁷ Algún autor sigue exponiendo la cuestión de la capacidad matrimonial en términos de edades concretas. Así, GONZÁLEZ PORRAS, "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil", ob. cit., pág. 462, explica, de forma reductora, que "el matrimonio es posible celebrarlo a las siguientes edades, partiendo de la menor a la mayor: a) a los catorce años con dispensa del Juez si hay justa causa (...); b) a los dieciséis años si se le ha emancipado o vive con independencia de los padres o ha sido habilitado (...), y c) a los dieciocho años, al alcanzar la mayoría de edad (...)"

³²⁸ GETE-ALONSO, "Emancipación y matrimonio", ob. cit., págs. 3 y 4, mantiene que "la nueva normativa en torno al matrimonio de la Ley de 7-VII-1981 ha supuesto una reestructuración en los requisitos y condiciones personales (capacidad) para poder realizar tal negocio: no es ya la *pubertad* (art. 83, 1º, derogado) la que hace válido al matrimonio (...). Concretamente, el nuevo módulo se fija en la *emancipación* (art. 46, 1º), entendida, en principio, como dato externo de una situación subjetiva: la *madurez mental* del contrayente. Una madurez deseada como presente en un negocio jurídico de la trascendencia e importancia de éste" Concluye, en consecuencia, que "la emancipación, así, se convierte en el presupuesto básico del matrimonio".

³²⁹ GETE-ALONSO, "Emancipación y matrimonio", ob. cit., pág. 12, recoge como únicos requisitos de capacidad la emancipación y, en su defecto, la dispensa, sin embargo, más adelante habla de la edad y la dispensa como requisitos de capacidad exigidos para contraer matrimonio (ob. cit., pág. 15).

tiene capacidad para contraer matrimonio por tener una determinada edad -doce, catorce, dieciséis o dieciocho años-, pero es obvio que, ya se hable de una concreta edad o de la emancipación (se emancipa a los menores de edad), nos seguimos moviendo en el terreno de la edad: no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, luego sí pueden contraerlo los menores de edad emancipados y los mayores de edad. La regla del artículo 46.1º C.c. tiene como finalidad regular la capacidad matrimonial en función de la edad de los contrayentes, si bien el criterio diferenciador entre la capacidad y la no capacidad es la emancipación y no una concreta o específica edad³³⁰.

Y buena prueba de ello, de que en el ánimo del legislador está regular la edad para contraer matrimonio en el artículo 46.1º C.c., es que en el artículo 48, párrafo segundo, C.c. habla del "impedimento de edad", que sólo puede referirse a los que no pueden contraer matrimonio porque no están emancipados.

No obstante lo anterior, puede alegarse que los mayores de catorce años que han obtenido dispensa de edad no están entre <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>, pues sí pueden contraer matrimonio. Pero aunque es cierto que pueden contraer matrimonio, lo que no está tan claro es que puedan hacerlo <<por razón de edad>>.

Si buscamos el referente, en el régimen del matrimonio, de las personas que pueden contraerlo <<por razón de edad>> (que son las que pueden reconocer sin necesidad de aprobación judicial), entendiendo <<razón>> como causa o fundamento, llegamos a soluciones paradójicas, aplicando estrictamente las reglas que en esta materia se establecen.

³³⁰ GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 72, indica que "nuestro legislador no ha señalado una edad fija para el matrimonio, sino una edad flexible entre los dieciséis y los dieciocho años, período de tiempo durante el cual la emancipación (y la habilitación de edad) son igualmente posibles"; y GETE-ALONSO, "Emancipación y matrimonio", ob. cit., pág. 8, que no existe uniformidad respecto de la edad para contraer matrimonio.

En primer lugar, pueden contraer matrimonio los mayores de edad, y en este caso se puede afirmar que lo podrán hacer <<por razón de edad>>, ya que tienen más de dieciocho años, o, parece preferible, <<por razón de emancipación>>, entendiendo <<emancipación>> en sentido amplio, como lo hace el artículo 314 C.c. Enfocado el supuesto desde una perspectiva negativa, resultaría que los que no hayan alcanzado la mayoría de edad no podrían contraer matrimonio <<por razón de emancipación>>.

En segundo lugar, pueden también contraer matrimonio los menores de edad emancipados, en cuyo caso podrán hacerlo <<por razón de emancipación>>; es decir, no porque tengan una determinada edad, sino porque están emancipados. Como hacíamos en el párrafo anterior, negativamente podría decirse que los menores no emancipados no pueden contraer matrimonio <<por razón de emancipación>>.

En tercer lugar, pueden contraer matrimonio los mayores de catorce años no emancipados que hayan obtenido dispensa de edad: aquí la capacidad matrimonial la da precisamente la dispensa concedida, no una edad concreta. Así pues, puede concluirse que estas personas pueden contraer matrimonio <<por razón de dispensa>>. La otra cara de la moneda sería la consideración de que los menores de catorce años o los mayores de esta edad no emancipados no podrían contraer matrimonio <<por razón de dispensa>>, ya sea porque no pueden solicitarla, al no contar con la edad requerida para ello, ya sea porque no se les ha concedido.

Estos son los tres supuestos recogidos por el Código civil de personas que *ab initio* tienen capacidad para contraer matrimonio, atendiendo al dato de la mayor o menor edad de los contrayentes. Y nos encontramos con que, en puridad, en ninguno de ellos la <<edad>>, es la razón, la causa, de la capacidad matrimonial, sino que lo es la <<emancipación>> o la

<<dispensa>>³³¹. Ahora bien, entendido el término <<edad>> no como una edad concreta pero sí como sustrato o concepto íntimamente relacionado con la <<emancipación>>, en los dos primeros casos la edad sí es la razón, la causa, de la capacidad matrimonial, mientras que en el tercero la causa o la razón es la <<dispensa>>.

Esto nos lleva a concluir que cuando el legislador, en el artículo 121 C.c., califica la capacidad matrimonial <<por razón de edad>>, no lo hace en un sentido técnico, siendo consciente de las causas que verdaderamente otorgan capacidad matrimonial a los individuos en función de su mayoría o minoría de edad. A lo sumo, <<por razón de edad>> podría referirse a los emancipados, pero no a los que pueden contraer matrimonio <<por razón de dispensa>>. Creemos, por ello, que la expresión <<por razón de edad>> del artículo 121 C.c. se empleó sin ánimo de abarcar cualquier supuesto de incapacidad matrimonial relacionada con la edad, sino únicamente para excluir de su ámbito de aplicación otras prohibiciones o impedimentos³³² para contraer matrimonio, como el constante vínculo matrimonial o el parentesco, que nada tenían que ver con lo que pretendía el precepto, que era referirse precisamente a la edad en la que se podía reconocer con o sin aprobación judicial, mejor dicho, delimitar qué menores de edad necesitarían aprobación judicial para reconocer válidamente.

Volvemos a repetir que no hay que seguir, por tanto, al pie de la letra la regulación

³³¹ Porque, como señala acertadamente GETE-ALONSO, "Emancipación y matrimonio", ob. cit., pág. 5, para contraer matrimonio no se exige en la actualidad una determinada edad de modo directo, consecuencia de que *la edad como cualidad personal* (mejor sería decir dato personal) del individuo, no es tratada, en cuanto requisito de capacidad para contraer matrimonio, de modo independiente. A diferencia de la anterior regulación en la que la capacidad sí la fijaba una edad". Sigue diciendo la autora que "ahora se la regula *per relationem* bien a una *condición jurídica* del sujeto -la emancipación en el caso general (artículo 46, 1º)-, bien al hecho de haber realizado una determinada actividad cumpliendo los requisitos de ésta -solicitud de *dispensa* (art. 48)- en el supuesto excepcional"

³³² La doctrina matrimonialista habla de incapacidades (como la minoría de edad) o prohibiciones (como el constante vínculo matrimonial), o de impedimentos. Vid SALVADOR CODERCH, "De los requisitos del matrimonio", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 143 a 154.

matrimonial sobre la edad, en sentido lato, para contraer matrimonio, porque esa no fue la intención del legislador como se desprende de la expresión, tan ambigua y poco rigurosa por lo que a la capacidad matrimonial se refiere, utilizada. Tanto por lo que respecta a los supuestos en que *a posteriori* resulta que sí han podido contraer matrimonio menores de catorce años, cuya inclusión entre los que pueden reconocer por sí solos es irracional, como a los supuestos en que, como los que obtienen dispensa para casarse, tienen su razón de ser, por los motivos que sean, exclusivamente para el matrimonio, pero que no encajan en la finalidad perseguida por el artículo 121 C.c. para el reconocimiento de la filiación.

La regla general sobre capacidad matrimonial por razón de edad, entendida ésta en un sentido amplio, como definidora de la capacidad de obrar, es la contenida en el artículo 46.1º C.c., y es a ésta a la que únicamente creemos que se remite el artículo 121 C.c. cuando emplea la expresión <<por razón de edad>>, como lo demuestra, según la primera interpretación literal que dábamos no desmentida por el sentido de dicha expresión, la coincidencia entre la dicción del artículo 121 C.c. y la del artículo 46 C.c. Esta solución coincide además con el propósito que entendemos común a la hora de regular la capacidad general para contraer matrimonio y la capacidad, también general, para reconocer sin necesidad de aprobación judicial.

Con independencia de lo criticable que pueda ser definir la capacidad para reconocer en función de la capacidad para contraer matrimonio, lo que es evidente es que el legislador las relaciona, las asimila. Esto nos lleva a preguntarnos qué es lo que pueden tener en común, en concreto, cuál puede la circunstancia, en función de la edad que se tenga, que capacita plenamente tanto para contraer matrimonio como para reconocer hijos, o, para no caer en apriorismos, que capacita para contraer matrimonio y también para reconocer la filiación sin necesidad de aprobación judicial.

Decimos que no queremos caer en apriorismos porque lo que tratamos de dilucidar es si la capacidad plena para reconocer, es decir, la capacidad para reconocer sin aprobación judicial, coincide sólo con la capacidad plena para contraer matrimonio, que es la que se recoge en el artículo 46.1º C.c. La capacidad para contraer matrimonio que tienen los menores dispensados no es, a nuestro entender, plena, ya que no pueden casarse con cualquier persona, sino precisamente con aquélla tenida en consideración para conceder la dispensa³³³. Y, por lo que respecta al reconocimiento, lo que no se puede perder de vista es que en el artículo 121 C.c. se recogen dos capacidades, en función de la edad del reconocedor, para efectuarlo válidamente: una capacidad plena, que se asocia, *sensu contrario*, con la capacidad para contraer matrimonio, y una capacidad limitada, que se vincula, expresamente, con la incapacidad para contraer matrimonio. Cabe preguntarse en consecuencia si la capacidad plena para reconocer debe concretarse en la capacidad plena para contraer matrimonio, que sólo la tendrían los menores emancipados y los mayores de edad, mientras que la capacidad limitada abarcaría todos los supuestos en los que no se tiene capacidad plena para contraer matrimonio.

Los autores están de acuerdo en que la nueva regulación de la capacidad para contraer matrimonio se conecta con un cambio de criterio que atiende a la capacidad o madurez

³³³ SALVADOR CODERCH, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 272, sostiene que "la dispensa se concede naturalmente para celebrar un determinado matrimonio con una determinada persona: tiene carácter especial" Y en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 183, escribe que "la dispensa se concede naturalmente para celebrar un determinado matrimonio y en contemplación de las circunstancias (justa causa) que aconsejan aquí su concesión" GETE-ALONSO, "Emancipación y matrimonio", b. cit., pág. 11, también incide en que la dispensa se concede "en especial, para aquel concreto matrimonio para el que se solicita (no cabe, una vez obtenida, extenderla o aplicarla a otro matrimonio distinto)", explicando que la dispensa, dada la naturaleza personalísima del negocio jurídico matrimonio, siempre se pide y obtiene -en un caso- para el concreto matrimonio que se quiere realizar (o ya se ha realizado). No valdrá, así pues, una dispensa de <<edad>> o de <<falta de emancipación>> para otro matrimonio distinto del inicialmente proyectado, porque la <<justa causa>> que debe de apreciar el juez para otorgarla, aun siendo la misma (sobre todo en este caso de incapacidad), no necesariamente tiene por qué valorarse igual (relatividad o personalismo del negocio jurídico matrimonio)" (ob. cit., pág. 11, nota 16).

psíquica de los contrayentes en lugar de a su capacidad procreadora o madurez sexual³³⁴, capacidad psíquica que vendría refrendada por la emancipación. De ahí la regla general en materia de capacidad matrimonial por razón de edad establecida en el artículo 46.1º C.c. La previsión de la dispensa de edad a partir de los catorce años, ya se considere o no como una concesión a esa madurez sexual, supone, a nuestro entender, la posibilidad de ejercitar el *ius connubii* con anterioridad a la emancipación siempre que el Juez considere que el contrayente que pide la dispensa tiene ya, aunque no esté emancipado, la madurez mental exigible para celebrar el matrimonio³³⁵. Se puede hablar, así, de un principio de *control judicial* del matrimonio de los menores de edad³³⁶, que se traduciría en la exigencia de la dispensa de edad

³³⁴ CARRIÓN, "Comentarios de los artículos 46 y 48 del Código civil", en *Matrimonio y divorcio*, coordinados por Lacruz Berdejo, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 156, escribe que "el criterio de madurez biológica, que había venido rigiendo históricamente, vino así superado por un criterio de madurez psicológica que, a su vez, permitió unificar la edad del varón y de la mujer". BAENA RUIZ, "La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio", ob. cit., pág. 65, también señala que "lo que es incuestionable es que a partir de la nueva normativa se han invertido los términos, de forma que el criterio principal y determinante a la hora de fijar la edad núbil es el que hace referencia a la aptitud psicológica de los cónyuges para poder constituir una comunidad de vida espiritual y material con asunción plena y consciente de lo que ello representa, pasando a segundo plano la capacidad sexual o reproductora de los mismos". ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 127, considera que "el régimen codificado de la edad abandona el esquema histórico de distinguir entre una edad para el hombre y otra para la mujer, y el de situar la aptitud matrimonial en una presunción de aptitud para la procreación (pubertad), este régimen se sustituye por un régimen único de la edad que atiende a la madurez personal (mayoría de edad o emancipación) y no a la madurez biológica (art. 46.1)".

³³⁵ Compartimos la opinión de CARRIÓN, en *Matrimonio y Divorcio*, ob. cit., págs. 200-201, de que, de acuerdo con "la óptica que de la capacidad matrimonial pareció tener el legislador de la Ley 30/1981, que ejes de identificarse con la simple aptitud para la procreación, reclama en mayor grado la precisa para integral asunción de la relación matrimonial", no parece inconsecuente "pensar que, aun alegada y probada una justa causa, deberá el juez negar la dispensa cuando a su juicio no concurre en el menor <<la madurez psico-física referida a la integridad de la relación matrimonial, con especial referencia a los derechos y deberes de los cónyuges, sin posibilidad de limitar su relevancia al momento de la procreación>>" (siguiendo a LIPARI y GÁLGANO). Opinión que vuelve a exponer, esta vez en positivo, cuando concluye afirmando que "se trata de permitir el acceso al matrimonio de los mayores de catorce años en los que, concurriendo una justa causa, sea posible apreciar una madurez prematura que desde luego no se identifica con la simple aptitud física para la procreación, sino que presupone necesariamente un cierto desarrollo psicológico para entender con claridad el alcance de la unión matrimonial en su plena significación" (ob. cit., pág. 205).

³³⁶ SALVADOR CODERCH, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 59. Sigue diciendo el autor que con la introducción de la dispensa de edad "chocan dos concepciones difícilmente compatibles del impedimento de edad: Por un lado está la que trasluce tímidamente el art. 46.1 C.c. según ésta se trata de aproximar la edad núbil a aquélla que el ordenamiento considera que marca la *madurez de juicio* necesaria para la realización de los actos de la vida civil. Por el otro, está la que refleja el art. 48 C.c.

para que menores no emancipados puedan contraer matrimonio: si el menor está emancipado, se supone su capacidad, si no está emancipado, deberá controlarse si la tiene.

Este cambio de criterio introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, es lo que, creemos, tuvo en mente el legislador cuando remitió la capacidad para reconocer a la capacidad para contraer matrimonio con la fórmula empleada en el artículo 121 C.c. La necesaria capacidad psíquica o madurez mental es igualmente exigible para reconocer, pues no puede olvidarse que no es lo mismo tener capacidad para procrear, que es un hecho natural, que tener capacidad para reconocer el fruto de esas relaciones sexuales, que es un acto jurídico. Acto jurídico que tiene además una gran trascendencia para el reconocedor, tanto a nivel personal y familiar como a nivel patrimonial. Y el control judicial que prevé el artículo 121 C.c. atiende, como en el caso del matrimonio, a esa exigencia de madurez mental en el reconocedor: si el ordenamiento supone o presume que la persona que reconoce tiene el necesario discernimiento, no será necesaria la aprobación judicial; si, por el contrario, no se tiene esa constancia del necesario discernimiento en el reconocedor, será necesario que el Juez la constate.

Desde esta perspectiva, nos encontramos con que el menor que ha obtenido dispensa para casarse, habrá sido, en el mejor de los casos³³⁷, porque el Juez que la ha concedido ha considerado que, si bien no tiene la edad necesaria que le capacita para realizar cualquier acto jurídico, o casi todos (cfr. art. 323 C.c.), demuestra una madurez de juicio adecuada para realizar un determinado acto, que es el matrimonio. Esta valoración de la capacidad mental del menor llevada a cabo por el Juez que concede la dispensa, precisamente por el objeto

sta prolonga hasta el derecho vigente la concepción tradicional según la cual la regulación del impedimento de la girad gira en último término en torno a la madurez sexual o *pubertad*" (*ob. cit.*, pág. 160).

³³⁷ Sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros en relación al llamado <<matrimonio parador>> y a la incidencia de la madurez mental de los cónyuges, puede consultarse CARRIÓN, en *Matrimonio y Divorcio*, *ob. cit.*, págs. 203 y 204.

concreto al que va referida, no puede llevar a la suposición o a la presunción de que ese menor, antes del matrimonio, puede realizar cualquier otro acto jurídico para el que no se ha controlado si tiene o no la suficiente capacidad. El hecho de que se le haya dispensado a un menor no emancipado el impedimento de edad para casarse, no garantiza que tenga la suficiente madurez mental para efectuar un reconocimiento, por lo que será necesaria la aprobación judicial para su validez. Igual que con la dispensa de edad el Juez ha considerado que el menor tiene suficiente juicio para contraer matrimonio, con la aprobación judicial del artículo 121 C.c. también el Juez decidirá si ese menor tiene el suficiente juicio para reconocer.

Como no se puede presumir que el menor con dispensa para casarse tiene a su vez capacidad para reconocer, sigue siendo necesaria en estos casos la protección que le brinda el ordenamiento a través de la aprobación judicial prevista en el artículo 121 C.c. Y contra esta necesidad de protección, finalidad perseguida ante todo, no se pueden oponer argumentos puramente literales, como que los menores con dispensa no entran dentro de <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>>³³⁸, o defectos que sólo cabe achacar al legislador por una desafortunada redacción³³⁹.

El obstáculo más difícil de vencer para sostener nuestra interpretación, para sostener que todos los menores no emancipados necesitan la aprobación judicial para reconocer

³³⁸ Superables, además, con otros argumentos literales, como el ya citado de que realmente estos menores pueden contraer matrimonio <<por razón de dispensa>>. Incluso se podría decir que estos menores no pueden contraer matrimonio, en general, sino un *determinado* matrimonio.

³³⁹ Es verdad que interpretando que todos los menores no emancipados son <<quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad>>, no tiene ningún sentido que el legislador haya empleado esa perífrasis en lugar de decir simplemente los menores no emancipados. Pero se pueden buscar justificaciones de su elección, por ejemplo, la consideración de que la misma capacidad general que se exigiese para contraer matrimonio debía exigirse para reconocer sin necesidad de aprobación judicial. Que esta capacidad para contraer matrimonio haya coincidido con la emancipación es algo que se aprobó con posterioridad a la redacción definitiva del art. 121.

válidamente, es que si ésta hubiese sido la intención del legislador no habría empleado una fórmula tan rebuscada, sino que habría dicho sencillamente <<menores no emancipados>>. Pero quizá lo que pretendía el legislador era resaltar su concepción de que la misma capacidad que debe tenerse por razón de edad para contraer matrimonio, debe exigirse para reconocer. Entendida esta asimilación en sus justos términos, implicaría que quien tiene capacidad plena para contraer matrimonio, también debe tenerla para reconocer, mientras que quien no tenga esta capacidad plena para contraer matrimonio, tampoco debe tenerla para reconocer.

Pensamos que el punto de unión que puede establecerse entre la capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para reconocer, es que con ambos actos se forma una familia, ya sea la basada en el matrimonio, que incluye en todo caso a los cónyuges y, si tienen descendencia, a los hijos, ya sea la que se constituye entre el reconocedor y su hijo. Quizá consideró el legislador que esta equiparable finalidad del matrimonio y del reconocimiento justificaba remitir la capacidad para reconocer a la capacidad para contraer matrimonio, a pesar de tratarse de dos actos bien distintos.

Concluimos, en definitiva que, en nuestra opinión, <<quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad>> son todos los menores no emancipados, cuyo reconocimiento necesitará, en consecuencia, la aprobación judicial para ser válido³⁴⁰. De este modo se cumple la finalidad perseguida por el artículo 121 C.c. que es la protección de los que no se presume que tienen la capacidad suficiente para protegerse por sí mismos. Por la misma razón, y por

³⁴⁰ Aunque esta solución pueda resultar excesivamente restrictiva de la capacidad en concretos supuestos de sujetos reconocedores, como el de una mujer no emancipada de diecisiete años, ninguna de las propuestas por otros autores resuelve de forma satisfactoria estas situaciones a las que se llega con el sistema de capacidad para reconocer instaurado por nuestro Código civil. Si se admite que todos los mayores de catorce años pueden reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial, no se les dispensaría la debida protección a los varones que sólo tienen catorce o quince años. Si se admite que los mayores de catorce años que han obtenido dispensa de edad para contraer matrimonio son los que no necesitan esa aprobación judicial, además de los emancipados, tampoco se solucionaría el problema planteado, porque no todas las mujeres de diecisiete años no emancipadas quieren casarse.

aplicación de las reglas generales sobre capacidad de obrar, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley catalana de filiaciones y la Ley 69 de la Compilación navarra, los menores no emancipados serán los que necesitarán la aprobación judicial exigida para que sus reconocimientos sean válidos, a pesar de que ambos preceptos se refieren en general, con mejor técnica que el Código civil, a los menores de edad³⁴¹.

2.3. Edad mínima para reconocer.

2.3.1. Falta de regulación en el Código civil.

El artículo 121 C.c. no establece expresamente que por debajo de una determinada edad no se pueda reconocer la filiación no matrimonial³⁴², sólo que los que no hayan alcanzado la edad exigida para contraer matrimonio necesitarán la aprobación judicial para la validez de su reconocimiento.

En contra de la mayoría de la doctrina, algún autor sostiene que hay argumentos para defender el establecimiento de una edad mínima, que se fijaría en los catorce años, y que, en

³⁴¹ La capacidad de obrar del menor emancipado, según la Compilación navarra, es similar a la regulada por el art. 323 C.c. Según la Ley 66, <<El menor emancipado puede realizar por sí toda clase de actos y contratos, incluso comparecer en juicio, excepto tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario; para todos los actos, al igual que para la comparecencia en juicio que verse sobre los mismos o tenga por objeto bienes de las clases indicadas, requerirá la asistencia de uno cualquiera de sus padres o, en su caso, de los Parientes mayores o del curador>>. En el mismo sentido se pronuncia BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., págs. 111-112, para quien los menores emancipados tienen capacidad por sí solos para reconocer hijos, de acuerdo con la ley 66, párrafo 3º, y en consonancia con el art. 46-1º C.c. Mantiene, por el contrario, SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 332-333, que la ley 69 "habla sólo de <<menores>> y los emancipados lo son; y, *de iure condito*, ni la ley 50 ni la 66 ofrecen, a mi juicio, base suficiente para dispensarles de la aprobación judicial, porque esta aprobación no limita la capacidad del emancipado para realizar por sí mismo el reconocimiento; la aprobación judicial es una *indictio iuris* de eficacia, no un complemento de capacidad de obrar"

³⁴² PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 436, mantenía antes de la reforma de filiación que "en cuanto a la capacidad para reconocer concurre en quien tenga, simplemente, capacidad natural". Con posterioridad, LUCES GIL, "Exposición sintética del nuevo régimen de la filiación", en *Boletín formativo del Ministerio de Justicia*, nº 1259, pág. 6, y GARCÍA ZARANDIETA, "La filiación y el Registro civil", ob. cit., pág. 13, sostienen que toda persona con capacidad para procrear un hijo tiene capacidad para conocerlo.

consecuencia, los menores de esta edad no podrían en ningún caso reconocer³⁴³.

Los argumentos que se esgrimen, aun siendo acertados, no nos parecen suficientes para defender que los menores de catorce años no pueden, *a priori* y taxativamente, reconocer. A nuestro entender, no cabe limitar, en el sentido de impedir, el derecho, y la obligación, que tiene toda persona de reconocer a sus hijos, sobre todo teniendo presente que la Ley no contempla esta limitación³⁴⁴. El ordenamiento otorga expresamente capacidad para reconocer

³⁴³ Es la tesis de DIAZ ALABART, "La edad mínima para reconocer hijos", ob. cit., págs. 538 y 539. El primer argumento que da se basa en la tramitación parlamentaria del precepto, afirmando que "el cambio de texto hecho por el Informe de la Ponencia del Senado, quitando lo que los menores de catorce años podían reconocer con aprobación judicial, y quitándolo basándose en la enmienda que decía que los varones menores de catorce años no podrían ni con aprobación judicial, y habiéndolo quitado sin distinguir entre reconocimiento hecho por varón y reconocimiento hecho por mujer, parece que está contra la admisión en cualquier caso del reconocimiento hecho por menores de catorce años", si bien admite que "claro que también se podría, quizás, argumentar que el cambio introducido por el Informe de la Ponencia del Senado, no quita literal y expresamente la posibilidad del reconocimiento aprobado judicialmente de los menores de catorce años, sino que sólo *extiende* respecto al texto del Congreso) la necesidad de aprobación judicial a los reconocimientos otorgados por los mayores de esa edad mientras que no alcancen la mayoría o los dieciocho o se emancipen". El resto de las consideraciones que recoge son: "Que, con la salvedad del caso de la mujer, aparte de por razones fisiológicas, parece edad prematura también, desde un punto de vista mental, por la importancia del acto de que se trata, para tomar una decisión como el reconocimiento, cuando esa decisión no se apoye en una seguridad indudable"; "Que habiendo pruebas de la paternidad o maternidad, y en el caso de ésta, ciertamente que es en realidad fácil que así haya, podrá declararse judicialmente la filiación, salvándose así el supuesto liminar y ciertamente infrecuente de que el hijo lo sea de alguna persona menor de esa edad"; "Que, además, la maternidad puede quedar determinada legalmente sin necesidad de declaración judicial ni de reconocimiento <<cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil>> (C.C., art. 120, 4º). (...) Con este procedimiento de determinar legalmente la paternidad, pierde mucha fuerza el querer que una mujer pueda reconocer antes de los catorce años, porque quepa la posibilidad de que sea madre con menos edad. Y si llega a serlo y no consta su maternidad en el procedimiento del artículo 120, 4º, y después entra la prisa de constatarla y no se quiere seguir un juicio en el que se declare, no parece fuera de lugar insistir en que es preferible que se espere algo (que no puede ser mucho), para alcanzar los catorce años y poder reconocer"; "Por último, otro argumento contra que el varón pueda reconocer antes de los catorce años, es que habría que haber engendrado el hijo a los trece o antes, lo que es insólito, y aun estimándose posible, poca sería, en todo caso, la espera para poder reconocerlo a los catorce"

³⁴⁴ Los antecedentes legislativos del precepto son confusos (vid. referencias *supra* págs. 151 a 153). El Proyecto de Ley no establecía ningún límite de edad para reconocer, sólo exigía "suficiente juicio". El Informe de la Ponencia del Congreso, seguido por el Dictamen de la Comisión, expresamente admite los reconocimientos de menores de catorce años, siendo necesaria en estos casos la aprobación judicial. Según admite el propio Informe, se aceptan parcial o esencialmente las enmiendas 379 (Minoría Catalana) y 473 (señor Alzaga Villaamil), claramente contradictorias por lo que al establecimiento de una edad mínima se refiere, ya que la primera no lo hace ("debe posibilitarse el reconocimiento de la filiación no matrimonial por parte de los menores incapaces que hayan tenido hijos, en bien de éstos y de la propia institución que regula el artículo"), y la segunda la sitúa en los catorce años (<<Será nulo el reconocimiento otorgado por un varón menor de catorce años...>>). Entendemos, pues, que, por lo que a este extremo interesa, se estuvo a las razones de la enmienda nº 379. La oscuridad se presenta en el Senado, pues el Informe de la Ponencia, que le da al precepto la redacción que se convertiría en definitiva, "partiendo de las argumentaciones contenidas en la enmienda número 119,

a los menores de edad, a cualquier menor pues no distingue, y la incapacidad que supone negarles a los menores de catorce años la posibilidad de efectuar reconocimientos sólo podría estar establecida en la Ley.

Lo que ocurre es que los reconocimientos efectuados por personas de tan escasa edad, por debajo de los catorce años en el caso de los varones o de los doce en el de las mujeres, es muy improbable que reflejen la realidad de la filiación, por lo que en el trámite de la aprobación judicial, en el que como primera medida se debe comprobar la posibilidad, en el plano biológico, de la filiación reconocida, se debería denegar aquélla si el reconocedor está en el límite de la capacidad procreadora³⁴⁵. Del mismo modo que no puede tenerse, como regla general, capacidad física para la generación a edades inferiores a los doce o catorce años, según se trate de mujer o varón, parece igualmente dudoso que a esas edades se tenga el

considera que debe habilitarse al menor en tales supuestos de paternidad o maternidad", y en esta enmienda se establece que los reconocimientos de varones menores de catorce años serán nulos. Las argumentaciones de las que parte el Informe son: "Parece difícilmente admisible que un varón menor de catorce años pueda ser padre, en cambio existe el grave riesgo de que, si la madre es persona de mayor madurez, pueda convencerle fácilmente de la paternidad e inducirle, en la medida en que lo tenga bajo su dominio, a reconocer. (...) No parece que la validez del reconocimiento pueda quedar sanada en estos casos por la simple autorización judicial. Queda abierta la puerta, sin embargo, a la declaración judicial de la filiación en donde ésta podrá quedar establecida en juicio declarativo, con todas las garantías procesales.- Como concesión al criterio del proyecto puede admitirse la validez del reconocimiento, si el reconocedor varón, aunque no haya alcanzado la mayoría de edad, ha cumplido ya los catorce años (las probabilidades fisiológicas de que un varón sea padre son entonces mucho mayores) (...). En estos casos la aprobación judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, y sin el aparato de un juicio declarativo, puede ser bastante para dar por bueno el reconocimiento". A pesar de la crítica afirmación citada del Informe, entendemos que lo que se pretendía decir era que con la redacción propuesta se admitían también los reconocimientos de menores de catorce años, si bien existían los riesgos señalados en la enmienda por lo que era necesaria la aprobación judicial para conjurarlos. Si la intención hubiese sido establecer una edad mínima para reconocer, nada más fácil que establecerlo expresamente.

³⁴⁵ En la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de noviembre de 1993 (RJA 1993, 195) se aborda el supuesto de un reconocimiento de paternidad efectuado por persona mayor de edad, pero que al tiempo de la concepción no tendría aún trece años. Contaba el reconocimiento, al ser la hija menor de edad, con el consentimiento de su representante legal, pero el Ministerio Fiscal estimaba que para su inscripción era necesario que se llegase en el procedimiento judicial oportuno al convencimiento de la paternidad. A pesar de que con doce años la paternidad parece muy improbable, por no decir imposible, el Centro Directivo rechazó el recurso señalando que no se trataba de un supuesto de absoluta imposibilidad de procreación, y que <<Incluso el que afirma ahora ser el padre hubiera formalizado el reconocimiento en el momento en que nació la hija, la falta de edad no hubiera cerrado definitivamente la puerta a la inscripción del reconocimiento sin necesidad de un proceso judicial contencioso, porque el mismo hubiera podido ser válido si hubiera mediado <<aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>> (art. 121 CC)>>.

necesario discernimiento exigido en todo caso para efectuar un reconocimiento, y éste es otro de los criterios que debe valorar el Juez³⁴⁶.

En consecuencia, lo que sí admitimos es que, *de facto*, pueda hablarse de una edad mínima por debajo de la cual, no es que no se permita reconocer, sino que no se aprobará el reconocimiento efectuado³⁴⁷. Esta edad mínima, que es la única que puede establecerse, es la que coincide con la capacidad procreadora, presumida a partir de los doce años para las mujeres y a partir de los catorce para los varones³⁴⁸. Si reconoce un varón de catorce años, quiere decirse que ha engendrado al hijo reconocido antes de cumplir esa edad, y como eso como regla general no parece posible, el Juez debería denegar su aprobación para que en un proceso ordinario, con las debidas garantías, se compruebe si efectivamente en ese concreto caso coinciden filiación real y filiación reconocida. Si la que reconoce es una mujer de doce años o incluso menor, pueden hacerse las mismas consideraciones³⁴⁹.

2.3.2. Regulación expresa en los Derechos catalán y navarro.

Tanto la Ley catalana de filiaciones como la Compilación navarra inician su regulación

³⁴⁶ Creemos, por tanto, que, por lo que a la exigencia de una hipotética edad a partir de la cual se puede reconocer, sigue plenamente en vigor la afirmación de ALBALADEJO, "Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural", en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, I, pág. 539, de que para reconocer sólo son precisas dos cosas: pubertad (capacidad natural de tipo físico) y discernimiento (capacidad natural de tipo psíquico).

³⁴⁷ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., págs. 58-59, sostiene a este respecto que "los menores por su edad no sufren otro límite que el que impongan dos exigencias que, por sí, son distintas del requisito de la *capacidad para el acto* del reconocimiento: que el sujeto en el momento del reconocimiento sea de tener condiciones psíquicas suficientes (discernimiento, libertad) para realizar un acto, el reconocimiento, que es, por esencia, *una decisión de la voluntad*; y que el sujeto, en el momento de la generación, ha de estar en condiciones de poder procrear. Son exigencias, estas dos, que han de cumplirse siempre, aunque por la edad o capacidad de obrar sea indudable que el sujeto tiene ya capacidad para el acto de reconocer".

³⁴⁸ DIAZ ALABART, "La edad mínima para reconocer hijos", ob. cit., pág. 532, aunque trata de desmentir esta primera impresión, señala, por el contrario, que no podría reconocer la persona que "fuese aún inmadura sexualmente en su caso particular", añadiendo que "no, pues, por no haber alcanzado todavía la edad en que generalmente se llega a la pubertad. Aunque, salvo otra prueba, habrá que presumir que el interesado no es puber hasta tal edad, y que lo es a partir de ella" (ob. cit., pág. 532, nota 2).

³⁴⁹ ALBALADEJO, "Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural", ob. cit., pág. 541, nota 12, advertía que "el que tenga recién cumplidos los doce o catorce años sólo es presumido capaz para reconocer a un hijo todavía no nacido"

de la capacidad para reconocer estableciendo precisamente quién tiene capacidad, por razón de edad, para efectuar un reconocimiento. Así, el primer apartado del artículo 6 de la Ley del Parlamento catalán 7/1991, de 27 de abril, dice que <<Tienen capacidad para el reconocimiento de la paternidad los mayores de catorce años, en el caso de la maternidad, siempre que se acredite el hecho del parto>>; y la Ley 69 de la Compilación navarra, en su apartado de *Sujetos*, se inicia declarando que <<Puede reconocer toda persona púber>>. Es esta delimitación previa de los sujetos que pueden reconocer la filiación lo que falta, como hemos visto, en el artículo 121 C.c., y ya que esta delimitación está plenamente justificada, resalta el perfeccionamiento que alcanzan estos ordenamientos.

Por lo que respecta al Derecho catalán, se distingue en este punto la filiación paterna de la materna, suponiendo la regla establecida no sólo la concesión expresa de capacidad para efectuar un reconocimiento de filiación a menores no emancipados, sino también el establecimiento de una edad mínima (fija o concreta en el caso de la paternidad y variable en el de la maternidad) por debajo de la cual no se podría reconocer la filiación.

Antes de analizar separadamente el reconocimiento de la paternidad y el de la maternidad, hay que señalar que, en ambos casos, el establecimiento de una edad mínima a partir de la cual se tiene capacidad para reconocer responde a la incidencia del principio de verdad biológica en la determinación extrajudicial de la filiación³⁵⁰, al fundamento biológico de toda filiación por naturaleza. Por debajo de determinadas edades, es imposible

³⁵⁰ Así lo entienden GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 50, al estudiar el artículo 6 de la Ley catalana: "La capacidad para reconocer, on independencia de la calificación que deba recibir el reconocimiento (declaración de ciencia o conocimiento - declaración de voluntad) se asienta, a tenor del mismo, en un *criterio puramente biológico*: la *capacidad de procreación* (reproductora)". Siguen diciendo que "Parece, en efecto, que no puede darse otra interpretación a los datos que se fijan para establecerla: 14 años y el parto. Los 14 años con referencia a los varones -la edad biológica de la adolescencia-, luego para la paternidad; el parto, sin referencia a una edad concreta, para las mujeres: la maternidad".

biológicamente tanto la paternidad como la maternidad; consecuentemente, es también inadmisibile que puedan quedar determinadas legalmente. El reconocimiento sólo es el medio, el instrumento utilizado para que conste jurídicamente una filiación que al menos debe ser posible en el terreno fáctico, y si, por la escasa edad del reconocedor, esta posibilidad no existe, el reconocimiento no puede ser un medio apto para la determinación de la filiación.

Como veremos, encontramos igualmente un fundamento biológico tras la distinción, por lo que al establecimiento de una edad mínima se refiere, entre el reconocimiento de la paternidad y el de la maternidad.

Respecto del reconocimiento de la paternidad, establece la Ley catalana que puede otorgarse a partir de los catorce años. El fundamento del establecimiento de esta edad concreta, fija, está en que como regla general los varones alcanzan capacidad física procreadora a los catorce años, siendo muy improbable que menores de esta edad puedan engendrar. El legislador catalán ha unido la capacidad para reconocer con la capacidad procreadora, haciéndolas coincidir, a diferencia del Código civil, que no establece expresamente esta edad mínima a partir de la cual se puede efectuar un reconocimiento de paternidad. La relevancia de esta edad, en la aplicación del Derecho común, se hará efectiva en el trámite de la aprobación judicial, *de facto*, ya que la dudosa capacidad física del autor del reconocimiento debe llevar a denegar dicha aprobación.

Hay que hacer, no obstante, una observación acerca de esta edad mínima: si se reconoce la paternidad a los catorce años recién cumplidos, quiere decirse que el hijo ha sido engendrado, como mínimo, nueve meses antes, es decir, cuando el reconocedor tenía tan sólo trece años. Como a esta edad es muy dudoso, como hemos dicho, que un varón tenga capacidad procreadora, entendemos que, aunque sea posible el reconocimiento, el Juez debería

denegar su aprobación, y dejar que la filiación se determine, en su caso, con las debidas garantías en un procedimiento ordinario. En definitiva, lo que habrá de tenerse en cuenta es la edad del reconocedor, no sólo en el momento de efectuar el reconocimiento, sino también en el momento de la concepción, que será el que nos indique si biológicamente el reconocedor puede ser el padre del reconocido o no.

Por lo que atañe a la maternidad, según el artículo 6 de la Ley catalana de filiaciones se tiene capacidad para reconocer la misma siempre que se acredite el hecho del parto. En este caso, a diferencia del anterior, no se señala una edad mínima fija, presuntamente coincidente con la capacidad procreadora, a partir de la cual se permite el reconocimiento de la filiación, sino que la capacidad de obrar para este acto se vincula exactamente con el hecho del parto, que demuestra sin lugar a dudas que se tiene capacidad procreadora.

El fundamento del establecimiento de esta regla es igualmente biológico: si se tiene capacidad para engendrar, debe tenerse capacidad para reconocer al hijo engendrado, y sólo cuando se alcanza la primera se puede tener la segunda. Que sea diferente a la regla referente al reconocimiento de paternidad se explica también por razones biológicas: la mujer puede procrear antes que el varón, por lo que es lógico que mujeres menores de catorce años puedan reconocer la maternidad³⁵¹.

Aunque algún autor sostiene que el fundamento de la distinción entre reconocimiento de paternidad y reconocimiento de maternidad puede encontrarse también en la distinta

³⁵¹ POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de filiaciones", ob. cit., pág. 1.202, escribe que "parece ser que el fundamento de tal distinción se encuentra en la diversa aptitud para la procreación entre el hombre y la mujer. Una paternidad inferior a los catorce años es sumamente improbable. Pero la maternidad es posible, aunque poco frecuente, antes de la citada edad. Sería excesivo que la madre, acreditado el hecho del parto, no pudiese determinar la filiación a través del reconocimiento, y tuviera que acudir a otros mecanismos más lentos y complicados (expediente registral o vía judicial)".

madurez psíquica de hombre y mujer³⁵² a esas edades, no lo creemos así. Se confunden, a nuestro entender, dos planos distintos, que son: las exigencias derivadas de la capacidad física procreadora, que obligan a fijar una edad mínima para poder reconocer ya que no se alcanza dicha capacidad hasta que no se llega a una determinada edad; y las exigencias derivadas de la capacidad psíquica o madurez mental del reconocedor menor de edad, que obligan a comprobar la misma, al no existir emancipación que permita presumirla, a través del trámite de la aprobación judicial. El establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual no se puede reconocer sólo tiene su razón de ser en la imposibilidad de la filiación reconocida por debajo de esa edad, pues tanto en el caso de la maternidad como en el de la paternidad será necesaria la aprobación judicial para valorar la capacidad mental del que reconoce.

En consecuencia, el fundamento del establecimiento de una edad mínima para que pueda admitirse el reconocimiento de la filiación está en el presupuesto biológico que debe tener toda filiación natural determinada; mientras que el fundamento de la necesidad de aprobación judicial está en la no emancipación del reconocedor, ya sea mujer u hombre, ya tenga doce o catorce años.

A pesar de que se sostiene que "no se exige edad mínima en el caso de la madre"³⁵³, en realidad sí cabe hablar de ello, precisamente porque la maternidad, como la paternidad, sólo son posibles a partir de una determinada edad. Lo que ocurre es que el legislador catalán, en lugar de fijar esta edad en los once, doce o trece años, que es cuando normalmente la mujer llega a la pubertad, ha optado por relacionarla con el hecho del parto, que demuestra sin

³⁵² Así lo entiende POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley catalana de filiaciones", ob. cit., pág. 1.202, razonando que "la mujer, cualquiera que sea su edad, puede formarse un juicio exacto sobre su maternidad (máxime después de haber pasado por un embarazo y parto); en cambio, el hombre no puede hacerlo sobre su paternidad (y nunca sería un juicio exacto) hasta que no tuviese una determinada edad que permitiese presumir cierta madurez en su actuar"

³⁵³ POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley catalana de Filiaciones", ob. cit., pág. 1.201.

necesidad de más investigaciones que la mujer ha alcanzado la edad mínima necesaria para la procreación. Con ello, lo que se establece es una edad mínima variable que coincidirá en cada caso concreto con la edad de la madre que acredite el hecho del parto.

Una duda importante que se plantea es si la madre menor de edad que reconoce debe acreditar en todo caso el hecho del parto, sea cual sea su edad³⁵⁴, o si, por el contrario, a partir de los catorce años puede reconocer sin necesidad de acreditarlo.

La duda creemos que debe resolverse en el segundo de los sentidos propuestos. En primer lugar por razones gramaticales. Aunque a primera vista parece que el artículo 6.1 de la Ley regula en compartimentos estancos el reconocimiento de la paternidad y el de la maternidad, exigiendo para el primero tener catorce años y para el segundo acreditar el hecho del parto, la utilización del advverbio <<siempre>>, en conjunción con la primera regla propuesta, nos lleva a defender que el requisito de la acreditación del parto se exige sólo para que la madre pueda reconocer antes incluso de haber cumplido catorce años. Con la redacción dada al precepto, lo que pretende el legislador catalán es permitir que la madre reconozca a su hijo incluso antes de haber cumplido catorce años, que es la edad mínima exigida para el reconocimiento de la paternidad, eso sí, <<siempre>> que se acredite el hecho del parto. Ese es el sentido literal que ha de dársele, por tanto, al empleo de la partícula <<siempre>> y a la exigencia de acreditación del hecho del parto por la madre para poder reconocer.

En segundo lugar, exigirle a la madre mayor de catorce años acreditar el hecho del parto supondría limitar injustificadamente su capacidad para reconocer, en clara discriminación, sin razón para sostenerla, respecto del varón mayor de catorce años, que sólo debe efectuar su reconocimiento.

³⁵⁴ POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley catalana de filiaciones", b. cit., pág. 1.204, apunta que "parece ser que en todo caso, cualquiera que sea su edad".

Por último, si se acredita el hecho del parto³⁵⁵, se está uniendo una prueba de la maternidad al reconocimiento de la misma que no se exige, como regla general, en la determinación de la filiación a través de reconocimiento formal. Sólo excepcionalmente, como es el supuesto de los reconocimientos efectuados por mujeres menores de catorce años, puede exigirse esa prueba de la filiación para la validez del reconocimiento como título de determinación extrajudicial de la filiación.

Se establece para el Derecho navarro una edad mínima a partir de la cual se puede reconocer, fijándola en la pubertad, que a su vez es regulada en la Ley 50³⁵⁶: los púberes son los mayores de catorce años, sin que se hagan distinciones entre hombre y mujer.

El establecimiento de una edad mínima es digno de alabar, pero no así el criterio empleado, pues exigir catorce años para poder reconocer en el caso de la mujer resulta excesivo³⁵⁷, e insuficiente, por el contrario, en el caso del hombre, ya que por debajo de esa edad, que es cuando en teoría se habrá procreado, no se ha llegado todavía a la madurez sexual. Volvemos a matizar, por tanto, que el posible desajuste, en el caso del reconocimiento paterno, deberá resolverse en el trámite de la aprobación judicial.

3. Régimen de validez de los reconocimientos otorgados por estos sujetos.

1. Necesidad de aprobación judicial para la validez del reconocimiento.

Establece el artículo 121 C.c. que el reconocimiento efectuado por los incapaces o por

³⁵⁵ El medio idóneo para acreditar este hecho será el parte o informe médico (o comprobación documental) previsto en la legislación registral para la inscripción del nacimiento (cfr. arts. 44 L.R.c., 167, 168 315.1º R.R.c.).

³⁵⁶ <<Se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo>>.

³⁵⁷ Si la pubertad se hubiese medido por reglas biológicas, que sí distinguen entre hombre y mujer, la norma hubiese sido más exacta. Es lo que hacía la Ley 50 de la Compilación navarra, antes de su reforma, en la definición de púberes, que eran las mujeres mayores de doce años y los varones mayores de catorce.

los que no puedan contraer matrimonio por razón de edad <<necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>. La aprobación judicial se exige, por tanto, en razón de la capacidad del reconocedor, como complemento necesario para la validez del reconocimiento por la falta de capacidad plena de estos reconocedores incapacitados o menores de edad.

En la medida en que se exige por una circunstancia personal del reconocedor -la incapacitación o la menor edad, es decir, la falta de capacidad plena-, es lógico que la aprobación judicial se proyecte sobre la validez misma del reconocimiento, y no sólo sobre su eficacia. En consecuencia, el reconocimiento, si le falta esta aprobación, ni siquiera tendrá efectos para el reconocedor, es decir, no le vinculará y no se considerará irrevocable³⁵⁸.

También proyecta expresamente el legislador catalán esta aprobación judicial sobre la validez del reconocimiento (art. 6.2 de la Ley 7/1991, de 27 de abril), pero no así el legislador navarro, que en la Ley 69 de la Compilación se limita a requerir la misma. Pensamos, no obstante, que sigue siendo un requisito de validez del reconocimiento³⁵⁹, pues se trata de un requisito exigido por razón de la capacidad del sujeto reconocedor, porque no tiene la capacidad de obrar plena para la vida jurídica. Y al incidir la capacidad del sujeto en la validez de sus actos, la aprobación judicial que controla si tiene o no la suficiente capacidad para reconocer incide igualmente en la validez del reconocimiento.

³⁵⁸ La doctrina es unánime a este respecto. Son ejemplificativos PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 910, quien entiende que "por la restricción de la capacidad de obrar del sujeto, no vincula a éste como título definitivo"; DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 418, nota 147, que añade que el reconocimiento será nulo si el Juez deniega la aprobación, pero no antes, "toda vez que puede ser válido si el Juez lo aprueba", sino ineficaz, ineficacia de mayor alcance que la del art. 124, pues "el autor del reconocimiento, en el caso del artículo 121, no está, como se dice en el texto, vinculado por su declaración, que puede revocar en cualquier momento", y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 113, quien afirma que sin la aprobación judicial no hay reconocimiento, "y el reconocimiento no queda vinculado por su declaración".

³⁵⁹ Considera, por el contrario, que la aprobación judicial es un requisito para la eficacia del reconocimiento SANCHEZ REBULLIDA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 33: "la aprobación judicial es una *condictio iuris* de eficacia, no un complemento de capacidad de obrar"

2. Función de la aprobación judicial.

El Juez, con su aprobación, no sustituye la voluntad del reconocedor: ésta es el elemento esencial para la determinación de la filiación, pues seguimos estando ante un reconocimiento voluntario de la filiación³⁶⁰, en el que la aprobación, como su nombre indica, actúa *a posteriori*, es decir, sobre un acto ya realizado³⁶¹. Sin embargo, es discutible si esta aprobación judicial exigida es un "requisito complementario de la capacidad"³⁶², o, por el contrario, un "requisito legal (a modo de control de legalidad, por las particulares condiciones personales del reconocedor)"³⁶³.

Tenemos que partir de la base, para enfocar la cuestión, de que esta aprobación judicial prevista por el artículo 121 C.c. se conecta directamente con la capacidad del reconocedor, pues sólo se exige cuando éste está incapacitado o es menor no emancipado. Es más, únicamente por esta falta de capacidad suficiente para reconocer sin necesidad de dicha

³⁶⁰ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 52, deja muy claro que, en todos los casos en que se exige la intervención judicial, "el reconocimiento sigue siendo esencialmente un acto *privado*: acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona admite ser el padre (o la madre) de otra persona. La actuación judicial, cuando es exigida, tiene simplemente el valor de un presupuesto, de un complemento de capacidad o de una *conditio juris*. Pero el requisito fundamental sigue siendo el acto personalísimo de reconocer".

³⁶¹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 261, señalan también que tratarse de una *aprobación* "recae sobre un acto ya realizado, al que le falta un requisito para que produzca sus efectos", y que "el juez no suple la falta de capacidad del reconocedor, sino que manifiesta su conformidad o disconformidad al acto". También distingue claramente entre *autorización* y *aprobación* PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 51: "en el primer caso ha de preceder al acto del reconocimiento; en el segundo, es un requisito *ex post facto*"

³⁶² PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 909.

³⁶³ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 113, quien expresamente sostiene que no es complemento de capacidad". DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 51, no hablan de complemento sino de "conformidad o disconformidad al acto [de reconocer]". En el mismo sentido se pronuncian GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, ob. cit., pág. 51, estudiando la aprobación judicial prevista por el artículo 6.2 de la Ley catalana: "No se trata -como se conoce- de un complemento de capacidad sino de un requisito legal de validez del reconocimiento que comporta que la declaración recognoscitiva no vincule a quien la hace y cuya ausencia impide hablar de reconocimiento". GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ob. cit., pág. 44, ya había mantenido con anterioridad que la validez del reconocimiento no se hace depender de un complemento de capacidad (asistencia de padre/madre, tutor), sino de la aprobación judicial.

aprobación judicial se exige la misma, por lo que necesariamente la actuación del Juez ha de referirse a la capacidad del autor del reconocimiento. Así expuesto el problema, sólo se nos ocurre que esta actuación judicial o bien funciona como complemento de la capacidad del reconocedor, pues la Ley no considera que tiene capacidad suficiente para reconocer por sí solo, o bien se prevé legalmente como control de la capacidad del reconocedor, para verificar que a pesar de su incapacitación o minoría de edad tiene el necesario discernimiento para reconocer.

En principio, puede pensarse que la aprobación judicial cumple una función similar a la de los padres o el curador cuando se exige su asentimiento, que no su consentimiento, para que el menor emancipado (o el incapacitado sometido a curatela) realice los actos para los que no tiene capacidad de obrar plena: el que actúa, el que se compromete u obliga, es el propio menor, funcionando el asentimiento de los padres o del curador como un mero complemento de capacidad, ya que no la tiene plena el menor (o el incapacitado). Esta misma regla que supone, por una parte, la concesión de capacidad a determinados menores e incapacitados para realizar una serie de actos, y, por otra, la necesidad de un requisito complementario de capacidad para la validez de dichos actos, parece repetirse en sede de reconocimiento: los incapaces y los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad tienen capacidad para efectuar el reconocimiento, si bien, al tratarse de individuos que no poseen capacidad de obrar plena, se prevé el "asentimiento" del Juez a dicho acto. El del Juez, y no el de los padres u otra persona, debido a la naturaleza personalísima del reconocimiento³⁶⁴.

³⁶⁴ La enmienda nº 188, presentada en el Congreso por el grupo de los Socialistes de Catalunya, que introdujo el requisito de la aprobación judicial para los reconocimientos de menores e incapaces, viene motivada porque "debe ser el juez el que aprecie si hay suficiente juicio dadas las circunstancias del caso. Se hace referencia al juez y no a padres o tutores porque éstos pueden tener, y de hecho tendrán casi siempre, intereses materiales o morales contrapuestos" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 281). También pareció en el trámite parlamentario de la futura ley de reforma la referencia, rechazada en el texto definitivo, los representantes legales del menor o incapaz, concretamente en la enmienda nº 379 presentada en el Congreso por Minoría Catalana. Se redactaba el precepto en el sentido de que <<Los menores e incapaces podrán, no

Pero, por otra parte, la función que creemos cumple el Juez, precisamente por el carácter personalísimo del reconocimiento, no es de complemento sino de control de la capacidad del reconocedor: no coadyuva para la realización del acto, sino que controla si el reconocedor tiene la capacidad suficiente para realizarlo por sí solo. El Juez valora si el reconocedor tiene la suficiente capacidad psico-física para reconocer la filiación. Si el autor del reconocimiento es mayor de edad o menor emancipado, su capacidad psíquica para reconocer se presume; en cambio, si es menor no emancipado o incapacitado que no puede reconocer por sí solo según la sentencia de incapacitación, es preciso comprobar que ha actuado con el suficiente juicio, con unas mínimas condiciones de madurez que le facultan para discernir el significado y las consecuencias de su acto. La Ley considera que el menor no emancipado o el incapacitado tiene en principio capacidad para reconocer, pero al no existir esa presunción, pues por algo se exige la aprobación judicial, es necesario comprobarla. Mejor dicho, el menor no emancipado o el incapacitado tendrá capacidad para reconocer si el Juez, concediendo su aprobación, considera que efectivamente tiene la suficiente capacidad psico-física para ello. Es, pues, más que un complemento de capacidad, un control de capacidad, ya que ésta no se presume³⁶⁵.

Creemos, pues, que la aprobación judicial no es complemento de capacidad ni control

ostante, reconocer mediante la intervención y con consentimiento expreso de sus representantes legales>>, dando como justificación que no "parece conveniente la redacción propuesta en el sentido de que éstos sólo puedan reconocer la filiación si tuvieran suficiente juicio para ello, sin prever ni permitir un reconocimiento en otro caso por los medios legales de suplencia o complemento de la incapacidad", y que "este precepto resulta contradictorio con el siguiente artículo 124 del proyecto, puesto que si se precisa y exige el consentimiento expreso del representante legal o la aprobación judicial para que un menor o incapaz pueda ser reconocido con eficacia, parece que como mínimo lo propio debería exigirse para que un menor o incapaz reconozca una filiación" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, l. ob. cit., pág. 330).

³⁶⁵ GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ob. cit., fig. 45, a pesar de que también atribuye al carácter personalísimo del reconocimiento la exclusión de la normal intervención de la autoridad paterna o tutelar como complemento de capacidad, y su sustitución por la aprobación judicial, justifica, en contra de lo que nosotros mantenemos, esta exclusión señalando que "en definitiva se trata más bien de cuestionar la capacidad del menor (que la tiene), sino de comprobar la veracidad y certeza de la declaración de ciencia o conocimiento en la que consiste el reconocimiento"

de legalidad, sino requisito legal para verificar la necesaria capacidad del reconocedor que no la tiene plena. Nadie mejor que la autoridad judicial para decidir sobre la capacidad del menor o incapacitado para reconocer.

Queda por hacer una observación acerca de cómo compaginar o articular, en orden a la comprobación de la capacidad del reconocedor, la función que cumple el funcionario autorizante (Notario o Encargado del Registro) del reconocimiento y la que cumple el Juez en el trámite de la aprobación prevista por el artículo 121 C.c.³⁶⁶. Tal y como hemos razonado, lo que debe controlar el Juez es que el reconocedor menor o incapacitado, que puede reconocer a sus hijos a pesar de su falta de capacidad de obrar plena, tiene las suficientes condiciones de madurez para realizar el acto concreto de que se trata. Y el Notario y el Encargado del Registro también controlan la capacidad del otorgante del acto³⁶⁷. Pues bien, ya que el Juez es el que debe verificar que el reconocedor tiene el suficiente juicio o la necesaria madurez mental, pues expresamente se prevé su actuación para la validez del reconocimiento, el Notario o el Encargado del Registro, que intervienen con anterioridad en la formación del reconocimiento del incapacitado, deben limitarse a verificar que tiene capacidad *natural*, capacidad de entender y querer. El Notario o el Encargado del Registro, por tanto, sólo podrán negarse a autorizar el reconocimiento cuando su autor, en el momento de otorgarlo, adolezca

³⁶⁶ Es una cuestión que despierta dudas. Por ejemplo, GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre el derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código civil", en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 1993, pág. 235, escribe que "siempre me ha llamado la atención cómo en el texto del artículo 121 o se comprende muy bien el que los incapacitados pueden hacer reconocimientos formales (testamento, acta notarial de manifestaciones, otro tipo de documento público, etc.) cuando su incapacidad le impedirá otorgar el acto (piénsese en un enajenado que acude al Notario a otorgar testamento y el Notario se niega a autorizar tal documento por no poder apreciar la capacidad del testador; pero si lo hiciera es que habrá apreciado su capacidad, y sólo por vía judicial podría atacarse dicha apreciación)"

³⁶⁷ Los art. 685 y 696 C.c., referidos al testamento, hablan de <<capacidad legal necesaria>>, de la que deberá asegurarse el Notario, y el art. 27, párrafo 2º, L.R.c. prevé que la calificación del Encargado comprenderá <<capacidad>> del declarante.

de incapacidad *natural*³⁶⁸.

3. Criterios para conceder o denegar la aprobación judicial.

¿Qué es lo que valorará el Juez para conceder o no la aprobación? Ya que se exige en función del sujeto reconocer, cabe imaginar tres frentes de control sobre los que podría desplegarse la actividad judicial: capacidad psíquica del reconocedor, veracidad de la filiación reconocida, o capacidad física, e interés para el reconocedor. No influirá en ningún caso, por el contrario, el interés del reconocido³⁶⁹, pues esta aprobación judicial, la recogida en el artículo 121 C.c., sólo se refiere a la capacidad del reconocedor, y a ella habrá de atender exclusivamente. Lo que ocurre es que si el reconocedor es menor de edad, el reconocido también lo será, por lo que la eficacia del reconocimiento quedará sometida a las reglas del artículo 124 C.c., y puede necesitarse en consecuencia la aprobación judicial para ello.

En estos casos, incluso si un mismo Juez debe decidir ambas cuestiones, deben desligarse claramente, porque los criterios a tener en cuenta son distintos, la validez y la eficacia del reconocimiento: puede resultar que, atendiendo a la capacidad del reconocedor, el Juez dé su aprobación, deviniendo válido el reconocimiento (por tanto irrevocable), pero que, atendiendo al interés del reconocido, el Juez no lo apruebe, en cuyo caso será ineficaz³⁷⁰.

³⁶⁸ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, I, Vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 229, considera que se da "cuando la falta de idoneidad de la persona para celebrar *ahora* actos procede de que aquélla carece actualmente de las condiciones psíquicas de entendimiento y voluntad necesarios para poder llevarlos a cabo", como ejemplos aporta el de una persona en estado actual de perturbación mental que excluye esos entendimiento y voluntad, el sonambulismo, la hipnosis, la embriaguez total o un delirio febril.

³⁶⁹ Opinan lo contrario DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 261: también deberá ponderarse la conveniencia para el reconocido"

³⁷⁰ Separa también ambas cuestiones PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 910, afirmando que "puede ocurrir, respecto de determinado reconocimiento otorgado por menor o incapaz en favor de un hijo menor o incapaz, que el mismo juez haya de decidir si aprueba o no el reconocimiento atendiendo a preceptos -y a fines- diversos: los que protegen a menores o incapaces, en cuanto posibles padres, contra decisiones de reconocer la propia paternidad (o maternidad) precipitadas o irracionales (fr. art. 121 C.c.), y los que protegen a los menores e incapaces, en cuanto posibles hijos, contra reconocimientos inconvenientes. El Juez, entonces, tendrá en cuenta, para decidir, los distintos criterios con que debe formar, con independencia, su doble juicio (el primero, presupuesto necesario del segundo); y cabe que el

Obviamente, si el Juez no concede la aprobación por falta de capacidad del reconocedor, no se planteará el tema de su eficacia, ya que ni siquiera será válido el reconocimiento.

Veamos, pues, cuáles son los criterios que deben presidir, en nuestra opinión, la decisión judicial. La aprobación judicial, al exigirse por la falta de capacidad plena del reconocedor (se trata en todo caso de incapacitados y menores de edad no emancipados), debe tener en cuenta precisamente esta falta de capacidad y controlar si, a pesar de ello, cuenta aquél con una capacidad mínima para el acto que otorga. Lo que no puede exigirse al reconocedor incapacitado o menor de edad es una capacidad plena, que obviamente no tiene, pero sí unas mínimas condiciones de madurez que demuestren que su acto es consciente y libre³⁷¹, que son en todo caso los requisitos exigidos para la validez de cualquier acto jurídico. Si faltan estas mínimas condiciones de madurez, o el suficiente juicio para efectuar un reconocimiento de paternidad o maternidad, el Juez no concederá la aprobación, ya que en ningún caso puede sustituir la capacidad del reconocedor. Podemos decir, parafraseando a RIVERO³⁷², que el Juez debe comprobar el discernimiento del reconocedor, como

conocimiento, aprobado judicialmente, por cuanto hace al autor del reconocimiento, sea, sin embargo, judicialmente rechazado en interés del reconocido (que, en cambio, en su día, ya mayor de edad, puede, con su consentimiento dar al reconocimiento la eficacia que le negó el Juez)".

³⁷¹ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 909, considera que en el reconocimiento otorgado por menor o incapaz, el Juez comprobará, sobre todo, si el sujeto, no obstante su edad o incapacidad, ha realizado un acto libre, consciente y revelador de un convencimiento sobre la propia paternidad suficientemente fundado". Esto de "suficientemente fundado" parece explicarlo así: "por lo cual el Juez tendrá en cuenta si el autor menor tenía en tiempo oportuno la necesaria madurez sexual" (ob. cit., pág. 909, nota 1).

³⁷² "El <<desconocimiento de la paternidad>> del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio en la Compilación navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 15, enero-junio 1993, fig. 278. El autor extiende la regla sobre capacidad en materia de reconocimiento, la necesidad de aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, al desconocimiento de la paternidad, que podemos considerar como el reverso de lo que es el reconocimiento, contestando a la pregunta de qué discernimiento cabe exigir al capacitado para el desconocimiento, que "salvo precisión en otro sentido de la sentencia de incapacitación, creo que no puede "desconocer" al hijo el totalmente incapaz, que nada sabe ni entiende del acto y hechos que hay detrás (procreación derivada de la relación sexual). Pienso que tampoco hay que exigir que se halle el capacitado en intervalo lúcido, y me parece suficiente que el desconocedor tenga discernimiento bastante para

discernimiento bastante para comprender que el hijo reconocido es suyo y que quiere que lo sea jurídicamente.

Igualmente, el Juez debe comprobar, en la medida en que el reconocimiento constata el hecho biológico de la paternidad o de la maternidad y que el fundamento de la filiación natural es que coincidan Biología y Derecho, que el reconocedor, en el momento de la concepción, tenía la necesaria capacidad física para procrear. El fundamento señalado de la filiación natural exige, además, comprobar, dentro de los límites de actuación de la jurisdicción voluntaria, que la filiación reconocida es posible³⁷³, por ejemplo, que la diferencia de edad entre reconocedor y reconocido no es contraria a las leyes de la Naturaleza. Bastan estas comprobaciones para que el principio de verdad biológica se respete en la determinación extrajudicial de la filiación, sin que el Juez pueda indagar más en la realidad de la filiación reconocida³⁷⁴. Igualmente, por muchas pruebas que se aporten sobre la veracidad de la

comprender que el hijo no es suyo, y que quiere que no lo sea jurídicamente; discernimiento ese que apreciará el Juez".

³⁷³ Si se dan ambas capacidades en el reconocedor, la psíquica y la física, el Juez debe conceder la aprobación, sin interferir más en la esfera personal de libertad de aquél. Por ello, no compartimos la opinión de LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 419, de que "el Juez, para conceder o denegar su autorización, deberá atender sobre todo a la verosimilitud del reconocimiento, en función de las circunstancias del caso. (...) Aunque, como he dicho, la intervención del Juez no sea una panacea, debe admitirse que su intervención podrá evitar que prosperen muchos reconocimientos inexactos. Ha de otorgarse a los Jueces, pues su intervención es en definitiva discrecional, las más amplias facultades exploratorias, incluso en lo que concierne a la capacidad para procrear si tienen fundadas dudas sobre la aptitud del autor del reconocimiento. Estimo que aceptado el sistema de admitir el reconocimiento otorgado por menores de edad o incapaces, previa autorización judicial, los Jueces deben ser cautos a la hora de conceder autorizaciones". Consideramos, por el contrario, que si el Juez tiene fundadas dudas sobre la capacidad psíquica o física del reconocedor, lo que debe hacer es directamente no conceder la aprobación judicial, dejando que, en su caso, la filiación se determine con las debidas garantías en el proceso oportuno, donde la verdad biológica es primordial, que, si se trata de menores, reconozcan cuando hayan alcanzado capacidad plena.

³⁷⁴ Se pronuncia en el mismo sentido RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 113: "el Juez deberá atender sólo a la verosimilitud que presente la paternidad/maternidad del reconocedor respecto al reconocido, de acuerdo con los datos que él posea o pueda inferir razonablemente (sin necesidad de especial investigación de la verdadera filiación); y deberá denegar su aprobación cuando en atención a la edad del reconocedor, diferencia de edad con el reconocido, caracteres raciales y demás, parezca racionalmente imposible inverosímil la paternidad/maternidad en cuestión". Respecto a la capacidad psíquica del reconocedor, que para nosotros es la fundamental, sostiene el autor que deberá denegarse la aprobación "cuando observe ausencia de discernimiento o de voluntad (o grave vicio) en el declarante, pues el acto ha de ser válido, y las condiciones objetivas del mismo son un tanto suspectas".

filiación, si se aprecia que el reconocedor no tiene capacidad suficiente para reconocer voluntariamente la filiación, deberá denegarse la aprobación judicial³⁷⁵.

Merece mencionarse, al hilo de lo anterior, el supuesto del reconocimiento materno según está regulado en la Ley catalana de filiaciones. Según el artículo 6.1 de esta Ley, la maternidad puede reconocerse <<siempre que se acredite el hecho del parto>>, con lo que quedará probada la misma, pero el artículo 6.2 exige <<en todo caso>> la aprobación judicial, de lo que deducimos que aunque se acredite el hecho del parto, y con ello se pruebe la maternidad, el Juez puede no conceder su aprobación por considerar que la autora del reconocimiento no tiene el suficiente juicio, la necesaria madurez, para efectuar el reconocimiento³⁷⁶.

Así pues, el Juez debe atender a la capacidad, en sentido amplio, del reconocedor, que incluiría tanto la capacidad mental como la capacidad física. Y a nada más, ni siquiera al interés que le puede reportar o no el reconocimiento a su autor, pues de lo único que se trata en el artículo 121 C.c. es de un control de capacidad³⁷⁷, a diferencia de la aprobación judicial

³⁷⁵ Parece que esta pensando en esta posibilidad SANCHO REBULLIDA en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 653, cuando afirma que "la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal tenderá, en este caso, principalmente, a la pubertad del reconocedor; a su edad, en relación con la del reconocido; y al discernimiento y deliberación del reconocimiento; pero no a los demás indicios o pruebas de realidad biológica". Reitera SANCHO su concepción de la aprobación judicial, comentando el Derecho navarro, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 333: "la autorización judicial, como el receptivo dictamen fiscal, versarán sobre la posibilidad de la paternidad reconocida: madurez biológica del reconocedor, diferencia de edad con el reconocido; en su caso, discernimiento, deliberación y conocimiento de causa, etc., pero no a los demás datos o indicios sobre la concreta verdad biológica".

³⁷⁶ A pesar de que esta solución no es muy conforme con el principio *mater semper certa est*, no puede arse otro sentido a la expresión <<en todo caso>>, lo que demuestra que el reconocimiento sigue considerándose tulo de determinación legal de la filiación autónomo e independiente de la verdad biológica. No opinan lo mismo GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán*, ob. cit., pág. 51, pues sostienen que la finalidad de la aprobación judicial es "comprobar la verosimilitud de la relación paterno - materno / filial, dado el principio de verdad biológica en el que se fundamenta".

³⁷⁷ Sustituyendo "desconocimiento" por "reconocimiento", se puede trasladar aquí la siguiente afirmación de RIVERO, "El <<desconocimiento de la paternidad>> del hijo...", ob. cit., págs. 278-279: "habida

prevista en el artículo 124 C.c. para el caso de que el hijo reconocido sea menor de edad o incapaz, cuya finalidad es defender sus intereses. Aunque se trate en ambos supuestos de actos que atañen a menores e incapaces, lo que obliga a buscar como regla general la solución más beneficiosa para los mismos³⁷⁸, la intervención que la Ley concede en cada caso, dependiendo de la posición que ocupe en la relación paterno o materno-filial que trata de determinarse, al menor o incapacitado es diversa: si se trata del progenitor que reconoce, es él mismo el que, comprobado que tiene la necesaria madurez o capacidad mental, voluntariamente decide asumir las responsabilidades y obligaciones que nacen de su reconocimiento, de la relación filial que quedará establecida, es él el que quiere que la filiación quede determinada, pues la Ley no permite que nadie le sustituya en esta decisión. En cambio, si el menor o incapacitado es el hijo reconocido, el otro interesado en la relación, siempre es sustituido en la decisión a tomar sobre la eficacia del reconocimiento por otra persona, ya sea su representante legal o el Juez, lo que conlleva que, como al propio interesado no se le da la posibilidad de valorar el interés que le reportará el establecimiento de la filiación, sean aquellas personas las que deban decidir en función de este interés.

La protección³⁷⁹ que, en uno y otro caso, debe dispensarse al menor o incapaz es

ienta que [la aprobación judicial] se relaciona con un acto jurídico de persona que sin ella no podría desconocer filiación que la ley le atribuye, y de la naturaleza de este acto, entiendo que el Juez deberá atender ninentemente al discernimiento del autor del desconocimiento (si entiende el sentido del acto y de la negación : su presunta paternidad) y a la voluntad (o grave vicio) del declarante, ya que el acto ha de ser válido y las ndiciones subjetivas del mismo son un tanto suspectas. De otra parte, y por ser acto y voluntad desligada de relación biológica y de la verdadera paternidad, creo que el Juez no debe examinar la verosimilitud o no de paternidad ni hacer un juicio de conveniencia u oportunidad del desconocimiento"

³⁷⁸ Puede trasladarse aquí, por su generalidad, la afirmación de GONZÁLEZ PORRAS, "Notas sobre <La justa causa>> y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados", ob. cit., pág. 10, acerca de que "cualquier criterio que se adopte para permitir el matrimonio civil a los menores de edad, de tener por fundamento el beneficio e interés del menor, pues la idea del "favor minoris" está contemplada presuntamente en la Constitución española (art. 39) y desarrollada en las reformas posteriores del Código civil".

³⁷⁹ Esta finalidad protectora de la intervención judicial en los reconocimientos de filiación es resaltada etradamente por PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 51: "con esta intervención trata de proteger especialmente los intereses de los menores o incapacitados directamente afectados por el

distinta. En el supuesto del artículo 121 C.c. se concreta en una comprobación de la capacidad del reconocedor, que ésta sea suficiente para el acto tan trascendental que se realiza, pues en este caso se le da la posibilidad al propio menor de valorar su interés, y nadie más puede decidir por él. En cambio, en el supuesto del artículo 124 C.c., al negarse al menor o incapaz capacidad para consentir por sí mismo el reconocimiento, su interés deberá ser buscado por las personas (representante legal o autoridad judicial) que le sustituyan en la toma de la decisión.

4. Procedimiento. Audiencia del Ministerio Fiscal.

La aprobación judicial exigida para la validez de los reconocimientos de incapaces o de quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad se tramitará en expediente de jurisdicción voluntaria³⁸⁰, como todas las aprobaciones o autorizaciones judiciales previstas en materia de filiación. Las razones que se aportan para defender esta solución estudiando la aprobación judicial del artículo 124 C.c.³⁸¹ pueden darse por reproducidas aquí.

Juez competente será el Juez de Primera Instancia encargado del Registro en el que se inscribe o está inscrito el nacimiento del hijo reconocido, como ha establecido la Instrucción de la Dirección General de los Registros de 30 de noviembre de 1989, apartado 2, letra c). Al hilo de esto, hay que recordar que el menor o incapacitado podrá utilizar la forma de documento público, dentro de los permitidos para reconocer, que estime conveniente, pues la aprobación judicial siempre actúa *a posteriori*, sobre un acto formal ya realizado.

reconocimiento. La Ley atribuye en estos casos la decisión a la autoridad judicial y no a los representantes legales -o no con carácter exclusivo, a los representantes legales- porque la Ley tiene en cuenta que la determinación legal de la filiación pone, con frecuencia, en conflicto el interés del representante legal con el interés personal del menor o incapaz a quien se quiere tutelar".

³⁸⁰ Son de esta opinión también SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., ág. 653, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 910, y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 113.

³⁸¹ Vid. *infra* págs. 327 y 328.

El artículo 121 C.c. sólo exige, en el trámite de la aprobación judicial, la audiencia del Ministerio Fiscal. Al ser cuestión que afecta a menores o incapacitados, es lógica su mención como órgano protector de los mismos. Es obvio que, aunque nada se diga al respecto en el precepto, el reconocedor también deberá ser oído, para que el Juez pueda decidir si, a pesar de su minoría de su edad o de su incapacidad, tiene la suficiente madurez para comprender la trascendencia de su acto y que se trata de un acto consciente y libre. Esta audiencia cabe deducirla, además, del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo primer párrafo establece que <<El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social>>.

La audiencia del Ministerio Fiscal deberá versar, precisamente, sobre la capacidad del menor o incapacitado, sobre su madurez, si se considera o no suficiente para que el reconocimiento sea válido.

Por otra parte, la audiencia del Ministerio Fiscal en el artículo 121 C.c. cumple una función distinta a la del artículo 124 C.c., de la misma forma que la aprobación judicial en uno y otro precepto se exige por motivos diversos. La función protectora o defensora de los menores o incapaces que cumple el Ministerio Fiscal se concreta en el artículo 121 C.c. en un informe positivo o negativo sobre las condiciones de madurez del reconocedor; en cambio, en el artículo 124 C.c. tiende a la defensa de los intereses del reconocido.

CAPÍTULO IV: RECONOCIDO MAYOR DE EDAD

I INTRODUCCIÓN

Establece el artículo 123 del Código civil que <<El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito>>, norma que, con distinta redacción, ya se contenía en el régimen de la filiación anterior a la reforma de 1981³⁸².

El mismo precepto se repite, con distinto tenor pero igual espíritu, en la Ley catalana de filiaciones y en la Compilación navarra. Así, el artículo 7.1, en su primera parte, de la Ley 7/1991, de 27 de abril, dispone que <<El reconocimiento de un hijo no matrimonial mayor de edad no producirá efectos sin el consentimiento, expreso o tácito, del mismo>>; y la Ley 69 de la Compilación navarra, en el apartado de *Sujetos*, prevé que <<El reconocimiento de un hijo mayor de edad requerirá su consentimiento expreso o tácito>>³⁸³.

Se alinea, pues, nuestro Derecho junto a los sistemas que contemplan el consentimiento

³⁸² En cuanto a la técnica empleada por el legislador en este precepto, hay que decir que, por una parte, jora la del antiguo artículo 133 C.c., según el cual <<El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento>>, por lo que podía parecer que el consentimiento era necesario para la existencia o validez del reconocimiento, y no para su eficacia, que es lo que ahora queda claro; y, por otra, es superior a la de otros introducidos en la reforma, como el contenido en el artículo 124 C.c., donde no se dice expresamente si el menor incapacitado al que se refiere es el reconocedor o el reconocido, el padre o el hijo.

³⁸³ Provoca la redacción de la Ley 69, por lo que al reconocimiento de hijo mayor de edad se refiere, mismas consideraciones que el antiguo artículo 133 del Código civil: aunque el precepto navarro plantea nos dudas, en ninguno de los dos textos queda claro si el consentimiento del hijo es necesario para reconocer, sólo para que tenga eficacia el reconocimiento. Ya que el reconocimiento es un acto unilateral, y ya que exige la Ley 69 el mismo requisito complementario que el Código civil y la Ley catalana de filiaciones, habrá que entender que la Compilación navarra, como los anteriores cuerpos legales, se está refiriendo a la eficacia del reconocimiento, requiriendo para ello el consentimiento del hijo mayor de edad. Dice a este respecto SANCHO BULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 335, que el art. 123 C.c. configura el consentimiento del hijo "como *condictio iuris* de eficacia: <<no producirá efectos>>; y no se ve motivo palmario para entender que la Compilación lo configura de otro modo, aunque la terminología requerirá>>- no lo predique tan claramente".

del hijo como requisito necesario para que el reconocimiento determine la filiación, apartándose de los que prevén que el reconocimiento la determina por sí solo, sin intervención del hijo reconocido. Son exponentes del primer grupo los Derechos italiano, alemán y portugués³⁸⁴, y del segundo, los Derechos francés y suizo³⁸⁵.

II FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL HIJO MAYOR DE EDAD

1. *Respeto del principio de verdad biológica.*

La exigencia del consentimiento del hijo para que el reconocimiento determine la filiación -no son otros los efectos, a los que se refiere el artículo 123 C.c., que produce el reconocimiento como título de determinación legal de la filiación-, supone, a nuestro entender, dar preponderancia, en el ámbito extrajudicial, a lo que es, en definitiva, la filiación: una relación entre dos personas, entre el padre y el hijo o entre la madre y el hijo. Así como esta relación, biológicamente, nace de un hecho en el que el hijo no interviene, jurídicamente se ha pretendido que nazca no sólo del acto en el que el presunto progenitor reconoce esa filiación, sino de ese acto complementado con el consentimiento del hijo.

Si el reconocimiento garantizase que la filiación que se quiere determinar coincide con

³⁸⁴ En Italia, el art. 250, párrafo segundo, del Codice civile establece que <<Il riconoscimento del figlio ha compiuto i sedici anni non produce effetto senza il suo assenso>>. En Alemania, el reconocimiento se somete a la exigencia del consentimiento del hijo, según el parágrafo 1600.c. del B.G.B. Y en Portugal, el artículo 1.857 del Código civil, junto a otras disposiciones, establece que el reconocimiento de hijo mayor o emancipado sólo produce efectos si aquél da su <<assentimento>>.

³⁸⁵ La reforma de la filiación en Francia no introdujo la exigencia del consentimiento del hijo (ni de su representante legal) para la eficacia del reconocimiento, manteniéndose en la doctrina que con ello el interés del hijo no condiciona el reconocimiento (HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, ob. cit., págs. 475-476). Señalan los autores que la solución contraria se mantenía en los trabajos preparatorios del Code. Consideran que la única manera de contrarrestar los reconocimientos verídicos pero egoístas consiste en aplicar el art. 207, que permite al juez liberar total o parcialmente al obligado a prestar alimentos en el caso en el que el acreedor de los mismos haya incumplido gravemente sus deberes hacia aquél, pues, se preguntan, ¿no es éste el caso del padre o de la madre que durante largo tiempo se han abstenido de reconocer al hijo para escapar de toda obligación hacia él?

También en Suiza el reconocimiento puede otorgarse con independencia de la aceptación o el rechazo del reconocido o de su representante legal, considerándose que el interés del hijo no se tiene en cuenta (TETTLER, *Traité de Droit Privé Suisse*, ob. cit., pág. 38).

la filiación biológica, estaría justificado que, al igual que la relación biológica nace con independencia de la voluntad del hijo, también la relación jurídica paterno o materno-filial se estableciese por el solo acto de reconocer. El principio de verdad biológica, informador de nuestro sistema, demanda que coincidan filiación real y filiación legal, pero esta finalidad no se puede conseguir a través del reconocimiento, que sólo tiene una "fiabilidad relativa"³⁸⁶. Se puede alegar que en la mayoría de las ocasiones coinciden, pero nadie, con excepción quizá de la madre que reconoce o que sólo ha cohabitado con el reconocedor, puede tener la absoluta seguridad de que la filiación reconocida coincide con la biológica. A lo más que se puede llegar es a presumir que el reconocedor es el verdadero progenitor, y ya que es sólo una presunción de veracidad lo que comporta el reconocimiento, y que ese reconocimiento determinará una relación que afecta a dos personas, no nos parece contrario al principio antes citado de verdad biológica dar entrada en la determinación de esa relación a las dos partes implicadas³⁸⁷.

El principio de verdad biológica sólo puede tener una incidencia relativa en la determinación extrajudicial de la filiación, precisamente porque no se puede conseguir: si se determina por medio de un reconocimiento, su influencia no llegará más allá de la invalidez

³⁸⁶ DE LA CÁMARA, en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 464-5, razona que "el reconocimiento es un medio de determinar (y, por tanto, de probar) la filiación de fiabilidad ativa, en tanto se apoya en la simple declaración de quien se proclama progenitor de otra persona. identemente, esa declaración puede ser subjetiva u objetivamente inexacta. En virtud de esa consideración se mprende que la filiación no deba determinarse en función únicamente del reconocimiento, sino que necesite corroborada por el consentimiento del reconocido, quien puede tener motivos fundados para dudar de la racidad de la paternidad (o maternidad) que el autor del reconocimiento pretende endosarle".

³⁸⁷ No compartimos, por tanto, la opinión de RIVERO, en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 1, de que "el subordinar la eficacia del reconocimiento a tales consentimientos encajan mal en un sistema ídico de filiación presidido fundamentalmente por el principio de veracidad, y donde se hallan abiertas las ertas (al hijo y a los otros) para establecer judicialmente la relación de filiación (arts. 39 II CE y 127 I CC)" n anterioridad a la reforma, RIVERO, "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", ob. cit., pág. 0, había criticado con mayor dureza el "anómalo" requisito legal del consentimiento del hijo, señalando que i "contrario a todos los principios rectores en materia de filiación, y a la esencia misma de la relación paterno-al por cuanto deja al hijo como árbitro de la constitución de esa relación jurídica, no obstante ser él ajeno al imiento de la relación biológica de la que aquella pretende ser expresión jurídica"

de los reconocimientos de una filiación biológicamente imposible, ya sea porque la diferencia de edad entre reconocedor y reconocido no es suficiente para que pueda haber maternidad o paternidad, ya sea porque el reconocido es mayor que el reconocedor. Donde se desarrolla plenamente este principio es en la determinación judicial de la filiación, pues sólo es el Juez, en un procedimiento contencioso, el que puede investigar la realidad de la filiación³⁸⁸.

En un sistema jurídico determinado se respetará, en consecuencia, el principio de verdad biológica, por lo que a la determinación de la filiación se refiere, si se contempla la libre investigación de la paternidad, con la admisión de todo tipo de pruebas, y si se concede en todo caso legitimación a los presuntos progenitores y al hijo para reclamar la filiación. El primer extremo se cumple en nuestro Derecho común (cfr. art. 127 C.c.), pero no así el segundo, pues la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, sólo se concede al hijo (cfr. art. 133 C.c.). Y esta omisión sí es una crítica que, desde el punto de la verdad biológica, puede hacerse a nuestro sistema. Crítica que puede extenderse al Derecho navarro, pues volvemos a encontrarnos con los mismos problemas que en el Derecho común si el hijo no presta su consentimiento al reconocimiento. La Ley 71, que regula la <<acción de declaración>> de la filiación, sólo prevé que puedan ejercitarla los hijos no matrimoniales, sin hacer ninguna mención al padre o a la madre³⁸⁹, a diferencia de lo que dispone para la acción para la declaración de la filiación

³⁸⁸ RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", ob. cit., págs. 122 y 123, señala que "no puede en rigor sostenerse que la reforma haya seguido el principio de verdad biológica en cuanto a la determinación extrajudicial de la filiación", en cambio, "respecto de la determinación judicial de la filiación el principio de verdad biológica está expresamente proclamado en el nuevo artículo 127-1"

³⁸⁹ Tenemos aquí, como en el art. 133 C.c., un ejemplo de cómo se ha interpretado la libre investigación de la paternidad reconocida en nuestra Constitución. Se podía entender que lo que la Constitución pretendía era conceder legitimación en todo caso al hijo para que pudiese reclamar la filiación, y esto se ha interpretado en el Código civil y, más dudosamente, en la Compilación navarra, pues el hijo no matrimonial sólo puede ejercitar la acción de declaración en una serie de casos: cuando la madre y el padre presuntos hubiesen convivido notoriamente durante el tiempo de la concepción, cuando haya posesión de estado de hijo respecto del mandado, cuando exista declaración del presunto progenitor, cuando haya pruebas biológicas de la relación materno-filial, o cuando respecto de la maternidad haya pruebas del parto. Esta interpretación, restrictiva, de la

matrimonial. Tenemos, por tanto, que si el hijo deniega su consentimiento, el presunto progenitor no tendrá posibilidad de ver determinada la filiación, lo que es censurable por las razones ya vistas.

El Derecho catalán sigue la misma filosofía, por lo que a la determinación de la filiación por reconocimiento se refiere, que el Código civil, permitiendo que no sólo el reconocedor, sino también el reconocido, participen en esa determinación, lo que nos parece acertado. Pero, además, mejora la regulación del Código civil en cuanto al respeto a la verdad biológica y al equilibrio entre los intereses del presunto progenitor y del hijo. Decíamos que, en el sistema de filiación del Derecho común, el principio de verdad biológica se incumplía al no conceder legitimación el artículo 133 C.c. a los progenitores para reclamar la filiación, lo que provoca que ese equilibrio citado, conseguido en sede de reconocimiento, desaparezca en perjuicio del presunto progenitor, que no podrá reclamar la filiación si el hijo deniega su consentimiento. Resultará, si se sigue literalmente lo establecido por el Código civil, que la determinación de la filiación quedará en manos del hijo, al que le basta no consentir el reconocimiento para que no pueda determinarse la filiación.

Este resultado criticable al que se llega en el Derecho común, ha sido salvado en el Derecho catalán concediendo legitimación en todo caso al padre o a la madre para poder reclamar la filiación. La segunda parte del artículo 7.1 de la Ley catalana de filiaciones dispone que <<La denegación de dicho consentimiento por parte del hijo no impedirá el ejercicio por parte del padre o de la madre de la acción de reclamación de la paternidad o la maternidad no matrimoniales, sin perjuicio de que, una vez demostrada, la acción no tenga

bre investigación de la paternidad, es contraria al principio de verdad biológica que debe informar todo sistema de filiación, pues no sólo el hijo tiene derecho a que se determine la filiación real, sino también los presuntos progenitores. Tanto los padres como el hijo deben ser, como mínimo, los legitimados en cualquier caso para reclamar la filiación.

otro efecto civil que la mera determinación de la filiación, salvo que quede justificada la razón de la tardanza en el reconocimiento>>. El comentario de esta disposición lo haremos más adelante, pero lo que interesa destacar aquí es que el legislador catalán ha sabido articular la distinta relevancia que tienen, dependiendo de si la determinación de la filiación es judicial o extrajudicial, la verdad biológica y la voluntad de los implicados en la relación paterno o materno-filial. La relevancia de cada uno de estos extremos es indirectamente proporcional a la del otro: en la determinación extrajudicial de la filiación, prima la voluntad de los afectados sobre la verdad biológica, al contrario de lo que ocurre en la determinación judicial. El legislador ha sabido valorar, en definitiva, en sus justos términos la verdad biológica y tanto el interés del progenitor como el del hijo.

2. Respeto de la voluntad del otro sujeto de la relación paterno o materno-filial.

Explicado por qué la necesidad del consentimiento del hijo no es contrario al principio de verdad biológica, pasamos a exponer por qué nos parece defendible la opción de nuestro legislador de dar relevancia al otro sujeto de la relación paterno o materno-filial, es decir, al hijo, cuando la filiación se determina extrajudicialmente en virtud de un reconocimiento, cuál es el fundamento de la exigencia del consentimiento del hijo, ya esbozado anteriormente.

Hay que partir de la base de que la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial por vía de reconocimiento es esencialmente voluntarista³⁹⁰, depende de la voluntad de su autor. Ello es así porque, sin excluir que la solución en el caso de la maternidad sea otra, lo que es indudable es que la paternidad biológica es desconocida para el Derecho, es un

³⁹⁰ RAYMOND, "Volonté individuelle et filiation par le sang", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1982, t. 553, ha dicho, refiriéndose al Derecho francés, que "la filiation naturelle est habituellement considérée comme une filiation volontariste. Elle repose sur la reconnaissance volontaire du père et de la mère, et, à défaut, sur une déclaration judiciaire". Creemos, por lo que al Derecho español se refiere, que la primera afirmación del autor es aplicable a la determinación extrajudicial de la filiación, aunque no así la segunda, o completándola con las voluntades en cuanto al reconocimiento, debido a las profundas diferencias existentes entre ambos denominados.

secreto de la Naturaleza que sólo se descubre, con efectos jurídicos, si es reconocida³⁹¹ por el propio progenitor o si se prueba en un proceso judicial. En el caso de la maternidad, si bien es verdad que viene desvelada por el hecho del parto, este hecho sólo tiene relevancia cuando la filiación materna se determina, de acuerdo con el artículo 120.4° C.c., dentro del plazo para inscribir el nacimiento del hijo, en cuyo caso no cabe hablar de reconocimiento.

Centrándonos en el reconocimiento formal, se deduce de lo anterior que el establecimiento de la filiación, su eficacia en el orden jurídico, se produce, mejor dicho, se inicia por la admisión de la paternidad o maternidad, en definitiva, por un acto voluntario del progenitor, o presunto progenitor. Si el ordenamiento da relevancia en la determinación extrajudicial de la filiación por reconocimiento a la voluntad de uno de los sujetos de la relación paterno-filial, lo consecuente es dar también relevancia al otro sujeto de esa relación, es decir, al hijo, y eso es lo que se pretende, a nuestro entender, en los artículos 123, 124 y 126 (en este caso, al haber fallecido el hijo, a sus descendientes) del Código civil³⁹². La relación paterno o materno-filial, que es lo que se establece por medio del reconocimiento, tiene dos sujetos, y si lo que prima al determinarla es la voluntad de uno de ellos, y no la realidad o veracidad de dicha relación³⁹³, lo lógico y justo es dar entrada en esa determinación

³⁹¹ Entendemos aquí "paternidad reconocida" en un sentido amplio que incluye, además del reconocimiento formal, cualquier otra manifestación de admisión, por parte del progenitor, de su paternidad, como el escrito dubitado o la posesión de estado continua a los que se refiere el artículo 49 de la Ley del Registro civil y que permiten determinar, también extrajudicialmente, la filiación a través del expediente previsto en el artículo 120.2° del Código civil.

³⁹² Ambas voluntades están también presentes en la determinación de la filiación no matrimonial por el expediente regulado por el artículo 49 L.R.c. y al que se remite el artículo 120.2° C.c., pues, por una parte, el escrito indubitado o la posesión de estado demuestran la voluntad del padre de admitir la filiación, y, por otra, cabe esta determinación si hubiese oposición de algún interesado, el primero de los cuales es el propio hijo.

³⁹³ Coincidimos plenamente con RAYMOND, "Volonté individuelle et filiation par le sang", ob. cit., págs. 3 y 554, cuando dice que "la reconnaissance est un acte de volonté purement discrétionnaire qui peut émaner soit du père ou de la mère selon le sang, soit d'un étranger à l'enfant", y que "tout individu (...) a la faculté de reconnaître pour sien un enfant même s'il n'est pas issu de lui". Y es que en la determinación de la filiación por reconocimiento, la verdad biológica tiene un papel muy limitado, como después desarrollaremos: impide que los conocimientos de todo punto imposibles puedan determinar la filiación. En cambio, si la filiación se determina

a la voluntad del otro sujeto.

No se trata con este consentimiento de impedir reconocimientos falsos o interesados, pues, aunque en ocasiones se evitarán, el hijo es libre para consentirlos. Se trata sencillamente de considerar relevante, junto a la voluntad del presunto progenitor expresada en el reconocimiento, la voluntad del hijo expresada en su consentimiento, en la medida en que lo que se va a determinar es una relación que une a ambos sujetos. Ya que no se puede conseguir la verdad biológica a través del reconocimiento, lo consecuente es que el establecimiento de esa relación no la decida unilateralmente una de sus partes³⁹⁴. El verdadero, y último, fundamento de la exigencia del consentimiento del hijo para que la filiación quede determinada por medio de un reconocimiento, es, por tanto, la naturaleza bilateral de la filiación, y no el interés del reconocido³⁹⁵, si bien es verdad que, a la postre, el hijo decidirá prestar o no su consentimiento en función de sus intereses.

Adicionalmente, la voluntad de los sujetos de la relación de filiación es totalmente irrelevante, con excepción por supuesto de la que tiene la voluntad de iniciar el proceso, debiendo buscarse ante todo la verdad biológica. Por todo lo anterior, nos parece muy interesante, aunque deba ser matizada, la conclusión a la que llega RAYMOND, *b. cit.*, pág. 559: "la volonté individuelle conserve la primauté; la vérité biologique ne joue, par rapport à la volonté individuelle qu'un rôle subsidiaire, permettant de résoudre une situation conflictuelle. En l'absence de tige, la volonté des parents est souveraine dans l'établissement du lien de filiation". Veremos que en nuestro derecho, aunque se exigen requisitos complementarios para la eficacia del reconocimiento, a diferencia del derecho francés, éstos no buscan controlar que la filiación jurídica coincida con la biológica, sino dejar a la voluntad de los dos sujetos de la relación paterno-filial, y no sólo del presunto progenitor, la determinación de la filiación.

³⁹⁴ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 922, señala que la necesidad de este consentimiento "guarda paralelismo con la importancia que la Ley da a la voluntad del que reconoce para fundar sobre ella un título de determinación legal de la filiación".

³⁹⁵ Aluden al interés del hijo distintos autores. PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 921, rotundamente escribe que "con la exigencia de un consentimiento o aprobación judicial ulterior, no se trata de atender al interés público en la legalidad de los títulos inscribibles, sino exclusivamente al interés y conveniencia del reconocido (como reiteran las RR. 9 septiembre 1969, 27 enero 1970; cf. también, S. 22 marzo 1928)". BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 112, mantiene que el sentido de la primera frase de la ley 69, párrafo cuarto, de la Compilación navarra, es el mismo que el del art. 123 C.c.: "Se trata de que el hijo pueda defender sus intereses frente a un reconocimiento que no responda a una procreación real o que le perjudique o que, sin más, no le convenga" Y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 40, también considera que "si se exigen requisitos complementarios al reconocimiento se debe (...) a la protección del interés del hijo (cosa distinta es que siempre se consiga) y no al triunfo de la verdad biológica"

Los intereses del presunto progenitor también estarán presentes en la determinación de la filiación por medio del reconocimiento, y sin embargo continuamente se habla de los intereses del hijo y de la excesiva importancia que se le da a su protección³⁹⁶. Se olvida que con la admisión del reconocimiento como título de determinación de la filiación, a través del cual no se evidencia la veracidad de la filiación que se pretende establecer, se dan entrada a esos intereses del que reconoce ser padre de alguien. Este, voluntaria y libremente³⁹⁷, pretende en un momento determinado que se establezca jurídicamente una relación con otra persona, una relación que tiene una base biológica indisponible pero indemostrable por la sola voluntad del reconocedor, y por ello también el hijo debe poder decidir, voluntaria y libremente, si quiere que se establezca esa relación³⁹⁸.

Centrándonos, por tanto, en la determinación extrajudicial de la filiación por medio de

³⁹⁶ No cree RIVERO, en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 471, que "una relación jurídica tan importante como es la de filiación, con graves repercusiones en distintos ámbitos (más allá incluso de sus tulares), pueda quedar tan fácilmente al albur de conveniencias o interés (subjetivamente valorados) del hijo (caso del art. 124) de su representante legal". Nosotros nos preguntamos: ¿y si puede quedar esa relación al albur de la conveniencia o intereses del presunto progenitor? Si la filiación se determina por vía judicial, en la que puede conseguirse una comprobación objetiva de la realidad de la filiación, nada podrán disponer ni el padre ni el hijo; pero si queremos ser consecuentes con el hecho de que, por medio del reconocimiento, la filiación se determina partiendo de la declaración de voluntad del que se dice progenitor, que puede ser coincidente con la verdad o no, habrá que concluir que también debe ser relevante en esa determinación la voluntad del reconocido. Por eso no compartimos la opinión de PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, ob. cit., pág. 922, de que "no deja de ser exorbitante la consideración que se hace del interés del reconocido, sobre todo si se tiene en cuenta que la determinación de la filiación rebasa, por sus efectos, la esfera propiamente familiar (importa para la determinación de la nacionalidad, de la vecindad, o a efectos de impedimentos del matrimonio; o por la eficacia penal, procesal, administrativa del parentesco)". Al interés del reconocido no se le da, ni más ni menos, que el mismo valor que al interés del reconocedor, lo que es perfectamente defendible. Cuestión distinta es que el reconocedor, si el hijo no consiente el acto, no pueda conseguir la determinación judicial de la filiación por falta de legitimación, lo que sí sería criticable.

³⁹⁷ Dice PINO, *Il diritto di famiglia*, ob. cit., pág. 170, que el reconocimiento "è atto di autonomia privata, appunto perchè volontario. Vi è nell'autore libertà di scelta e di valutazione sulla opportunità di compiere l'atto"

³⁹⁸ En un sistema en el que el reconocimiento por sí solo determina la filiación, como el francés, el padre es el único que decide, cuando así lo cree oportuno, que la filiación quede determinada. HAUSER y UET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, ob. cit., pág. 472, dicen así que "seuls le père et la mère sont qualifiés pour reconnaître leur enfant et ils sont aussi seuls juges de l'opportunité de le faire. L'enfant concerné n'a pas à être consulté".

un reconocimiento, nos parece plenamente justificado que se llegue a esa determinación con la voluntad conforme tanto del padre como del hijo, de las dos personas que forman parte de la relación paterno o materno-filial³⁹⁹. Esto es lo que ha pretendido el legislador, exigiendo en el artículo 123 C.c. el consentimiento del hijo mayor de edad para que el reconocimiento produzca efectos. Y ésta es, además, la regla general: que sea el propio reconocido el que consienta o no el reconocimiento, debido al carácter personalísimo del mismo; regla que sólo tiene dos excepciones, dispuestas para los casos en que el hijo no puede consentir, ya sea por falta de capacidad suficiente o por haber fallecido. Estas excepciones se contienen en los artículos 124 y 126 del Código civil, dando entrada entonces al consentimiento del representante legal del hijo o a la aprobación judicial, como sustitutos del consentimiento del propio hijo, o al consentimiento de los descendientes del mismo, como sujetos directamente afectados, fallecido el reconocido, por la filiación que se pretende determinar.

III SUJETOS A LOS QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 123 C.C.

1. Ideas preliminares.

Pensamos que nos ayudará a delimitar a qué sujetos se refiere el artículo 123 C.c., con independencia de su literalidad, la estrecha vinculación que cabe establecer entre este artículo y el 124 C.c., pues uno u otro será el aplicable cuando el hijo reconocido vive.

En primer lugar, habría que señalar que los citados preceptos establecen dos regímenes

³⁹⁹ Decía RIVERO, "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", ob. cit., pág. 229, que "con demasiada frecuencia la relación jurídica paterno-filial no es contemplada de frente, en su total realidad y en tanto a sus dos protagonistas, progenitor y progenitura, sino de perfil, lateralmente, del lado del progenitor o del hijo, sobrevalorando la posición o el interés de uno o de otro, lo que comporta una visión deformada de la relación toda, que no aparece en su contextura auténtica, sino bajo aquel aspecto parcial y unilateral que agranda a uno y aleja o empequeñece al tiempo que infravalora al otro". Aunque a continuación RIVERO sostiene que es anómalo en pura juridicidad "el condicionar el establecimiento jurídico de la misma relación al consentimiento del hijo (pienso en el artículo 133 C.c. español, y el consentimiento del hijo natural mayor de edad para el reconocimiento, en él establecido)" (*últ. ob. cit.*, pág. 230), creemos que lo congruente con la anterior afirmación, y sede de determinación de la filiación por vía de reconocimiento, es dar entrada al hijo en esa determinación, con el fin de contemplar la relación que se trata de establecer en su totalidad.

distintos de eficacia del reconocimiento en función de la capacidad de obrar del sujeto reconocido. Se tienen en cuenta, como criterios diferenciadores, las dos circunstancias personales que inciden en dicha capacidad, es decir, la edad y la capacidad o incapacitación. Por tanto, aunque en alguno de los artículos mencionados (concretamente en el 123) no se haga una referencia expresa a las dos circunstancias anteriores, habrá que interpretar que forman parte de los supuestos de hecho de los dos preceptos ambas: mayoría de edad y capacidad, en un caso, y minoría o incapacitación, en el otro.

A la misma conclusión llegamos si pensamos en que los supuestos de hecho de ambos preceptos son excluyentes. Puede decirse, a grandes rasgos, que si el artículo 124 se refiere a los menores e incapacitados, el 123 deberá referirse a los mayores de edad y capaces.

En relación con lo anterior, otra consideración a valorar es el carácter alternativo que presenta la aplicación de uno u otro precepto cuando el reconocido vive. Dependiendo de cuál sea la capacidad del hijo, habrá que acudir a lo establecido por el artículo 123 o a lo regulado por el artículo 124. Si el reconocido tiene capacidad de obrar suficiente para prestar por sí solo el consentimiento, desaparece la *ratio* que justifica la llamada a otras personas que vengan a sustituir al hijo en la prestación del consentimiento requerido para que el reconocimiento del presunto progenitor sea eficaz. Consecuentemente, si nos encontramos ante un sujeto reconocido que, por no necesitar que otra persona le sustituya en la realización de los actos que le afecten, no puede comprenderse entre los menores o incapaces a los que se refiere el artículo 124, deberá aplicarse el régimen de eficacia previsto en el 123, aunque su tenor literal, realmente parco, no lo incluya.

Sentadas estas ideas previas, pasamos a analizar los supuestos a los que resultará de aplicación el artículo que glosamos.

2. Reconocido mayor de edad y capaz.

Aunque el artículo 123 C.c. sólo alude expresamente a la mayoría de edad del hijo reconocido, hay que entender que, además de mayor, ha de ser capaz⁴⁰⁰.

El hijo mayor de edad reconocido puede ser plenamente capaz o estar incapacitado, y en este caso no sería de aplicación el artículo 123 sino el 124 C.c., porque así se prevé en este último, hablando incorrectamente de <<incapaz>>. Las consideraciones vertidas en el epígrafe anterior nos relevan de argumentar más esta solución.

No obstante, habrá reconocimientos de hijos incapacitados a los que se les aplique el artículo 123, pues entendemos que no todos los incapacitados por sentencia judicial caben dentro del artículo 124. Habrá que saber, por tanto, qué reconocimientos de incapacitados están sometidos al régimen de eficacia por él establecido, para determinar, por exclusión, qué otros están sometidos al establecido por el artículo 123.

3. Reconocido menor emancipado.

En principio, los hijos menores emancipados parece que cabrían dentro del supuesto de hecho del artículo 124 C.c., pues habla en general del reconocimiento del <<menor>>. Sin embargo, no es a estos menores a los que debe aplicarse el régimen de eficacia dispuesto en este precepto, sino el establecido en el artículo 123 C.c.⁴⁰¹, básicamente por dos razones.

La primera es que el menor emancipado, según el artículo 323 C.c., puede regir su persona y bienes como si fuera mayor, sin que el consentimiento del reconocimiento figure entre los actos (todos de naturaleza patrimonial) para los que necesita la asistencia de sus padres o del curador. Por una parte, por tanto, tenemos que el menor emancipado se equipara

⁴⁰⁰ Expresamente aluden a la capacidad del mayor de edad, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 458, y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 115, y en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 471.

⁴⁰¹ La misma solución hay que dar para el Derecho navarro, es decir, el consentimiento del hijo mayor de edad del que habla la ley 69 habrá de prestarlo también el menor emancipado, como sostiene BERCOVITZ, en "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 112.

al mayor de edad por lo que respecta a prestar el consentimiento necesario para la eficacia de su reconocimiento, pudiendo entenderse, en consecuencia, que su caso entra dentro del artículo 123 C.c. si interpretamos que <<mayor de edad>> se refiere, tanto al que ha cumplido dieciocho años, como al que se equipara a un mayor de edad.

La segunda razón de la que hablabámos es que el menor emancipado ya no está sometido a patria potestad (o a tutela si se trata de un menor al que se le ha concedido el beneficio de la mayor edad), por ello no tiene representante legal que pueda prestar el consentimiento expreso exigido por el artículo 124 para la eficacia del reconocimiento de un hijo menor de edad. El régimen establecido por este precepto presupone la existencia, o al menos la necesidad, de un representante legal del sujeto reconocido, de modo que si no lo tiene, ni lo necesita, el menor, deja de ser aplicable el artículo 124 y habrá que estar, debido al carácter alternativo ya mencionado de ambos preceptos, a lo dispuesto por el artículo 123.

Se necesita, pues, el consentimiento del propio reconocido cuando éste sea menor emancipado, en el que incluimos al mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de sus padres, viviere independientemente de éstos, ya que se reputa a todos los efectos como emancipado (cf. art. 319 C.c.). Obviamente, el menor emancipado, aunque el supuesto contrario parece más improbable que cuando ya es mayor de edad, debe ser capaz⁴⁰².

4. Reconocido incapacitado sometido a curatela y declarado pródigo.

Aunque, estando al tenor del artículo 124 C.c., que se refiere en general al reconocido <<incapaz>>, podría pensarse que el reconocimiento de cualquier persona incapacitada queda sometido al régimen de eficacia previsto en dicho precepto, hay que aclarar que los incapacitados sometidos a curatela, ya que no tienen representante legal, no quedan

⁴⁰² RIVERO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 115, y *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 471, resalta que tanto el mayor de edad como el menor emancipado han de ser capaces.

comprendidos dentro del mismo, pues pueden prestar por sí mismos el consentimiento al reconocimiento, al igual que los declarados pródigos, que no son propiamente incapacitados.

En cuanto a los incapacitados sometidos a curatela⁴⁰³ por la sentencia que declare la incapacitación (cfr. arts. 210 y 287 C.c.), quedan excluidos del artículo 124 C.c., pues el curador no es representante legal del incapacitado. En efecto, es doctrina general que la curatela es un cargo meramente asistencial, que no conlleva la representación legal del sometido a ella⁴⁰⁴, por lo que los reconocimientos de incapacitados sometidos a curatela deben quedar asimilados al supuesto regulado por el artículo 123 C.c. A la misma solución se llega si se mantiene, como algunos autores⁴⁰⁵, que las personas a las que la sentencia de incapacitación somete a curatela no son propiamente incapacitados⁴⁰⁶, ya que, si no lo son, no

⁴⁰³ Se pueden incluir en esta denominación, aunque es discutible que se trate de incapacitados, los supuestos comprendidos en los artículos 286.3º y 287 del Código civil. El primero se refiere específicamente a los declarados pródigos, y el segundo establece en general que <<igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento>>. La problemática de los reconocimientos de hijos declarados pródigos la abordaremos después; ahora nos centraremos en los reconocimientos de hijos sometidos a curatela por alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que les impida gobernarse por sí mismos.

⁴⁰⁴ En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 280, entienden que la Ley concibe la curatela "como un cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que al curador se le supla o sustituya como el tutor, o, si se quiere, le represente" (aunque la redacción no es muy clara, entendemos que se quiere afirmar que el curador no suple o sustituye, es decir, no representa, al sometido a curatela). También SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 334, señala que la función de la curatela "no es *representar*, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino *asistir*, completar la capacidad de quien, poseyéndola igualmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo". ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 329, igualmente, concluye que "la curatela tiene por objeto la *asistencia* del curador para aquellos actos de una persona para los que, por ley o sentencia, sea precisa".

⁴⁰⁵ FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 102, habla de los "mal llamados incapacitados sometidos a curatela" refiriéndose a las personas comprendidas en el art. 287 C.c., señalando que "el artículo no los denomina incapacitados, sino <<personas a quienes la sentencia de incapacitación... coloquen bajo esta forma de protección>>" (ob. y loc. cit., nota 91).

⁴⁰⁶ A pesar de que los autores, cuando distinguen entre incapacitados y sometidos a curatela, lo hacen refiriéndose a los declarados pródigos (vid. FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, ob. cit., pág. 102, nota 92, citando las opiniones de SANCHO REBULLIDA y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, que después expondremos, y la Memoria-Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de reforma de la tutela de la I Legislatura), se puede deducir de sus afirmaciones que cualquier persona sometida a curatela no es verdaderamente un incapacitado, pues la distinción se basa precisamente en el sometimiento de la persona a curatela, ya sea por prodigalidad o

estarían incluidos en el término <<incapaces>> del artículo 124.

En relación a estos "incapacitados", se ha sostenido recientemente que a su reconocimiento resulta de aplicación el artículo 124 C.c., pero interpretando que no se exige el consentimiento del representante legal sino el consentimiento del incapacitado con la asistencia de su curador (o de sus padres)⁴⁰⁷. Aunque pueda defenderse que el incapacitado sometido a curatela necesita la asistencia de sus padres o del curador para consentir el reconocimiento, dependiendo de lo que establezca la sentencia de incapacitación, lo que no compartimos en absoluto es que sea de aplicación el artículo 124 y no el 123 C.c. Y ello por lo siguiente.

Según lo dispuesto por el artículo 123 C.c., el reconocimiento adquiere eficacia cuando el propio reconocido presta su consentimiento a tal acto, a diferencia de lo que ocurre cuando el reconocimiento está sometido al régimen de eficacia previsto en el artículo 124 C.c., en cuyo caso la voluntad del hijo se sustituye por el consentimiento de su representante legal o por la aprobación judicial. En definitiva, lo establecido por el artículo 124 supone que es otra persona, distinta del propio hijo, la que presta su consentimiento o aprueba el reconocimiento, pero esto no es lo que ocurre cuando se reconoce a un incapacitado sometido a curatela.

La curatela, por definición, supone que es la propia persona sujeta a ella la que actúa, la que se obliga o la que presta su consentimiento. Por tanto, si de lo que se trata es de

o alguna de las causas recogidas en el art. 200 C.c.

⁴⁰⁷ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 68-69, ha señalado que "en cuanto al incapacitado sujeto a curatela habrá de estarse a los términos de la sentencia (cf. art. 287 y 289 Cc). Si nada hubiere previsto la sentencia, se aplicará al reconocimiento, en principio, el régimen previsto para el reconocimiento de los incapacitados (cf. arts. 124 y 287), pero entendiendo el posible complemento relativo al consentimiento del representante legal de otro modo. La referencia al representante legal proviene de tiempos en que los incapacitados quedaban siempre sujetos a tutela (graduada o no) y en que el tutor decidía por ellos con ellos: hoy la expresión "consentimiento expreso de su representante legal" debe entenderse "consentimiento expreso del reconocido, con la asistencia del curador (o de los padres, si tienen éstos las funciones asistenciales)". Parece preferible esta solución a la que podría resultar del artículo 290, que tendría menos garantías para quien o puede regir su persona y bienes con plenitud de facultades)".

consentir un reconocimiento de filiación, será el propio reconocido el que lo haga, no otra persona por él, y esto nos lleva directamente al régimen de eficacia regulado en el artículo 123 C.c., en ningún caso al del artículo 124 C.c.

Además, si fuese de aplicación el artículo 124, en el caso de que el reconocido, con la asistencia de sus padres o del curador, no prestase su consentimiento al reconocimiento, o incluso sin necesidad de solicitar primero este consentimiento, se podría acudir a la aprobación judicial, y en este caso sí que se sustituiría la voluntad del reconocido por dicha aprobación (pues ésta no se contempla en el artículo 124 C.c. como complementaria de la declaración del menor o incapacitado, sino como sustitutiva de la misma), lo que de ningún modo encaja en el régimen de la curatela, ni es conforme con la capacidad reconocida del incapacitado sometido a ella. Si la sentencia de incapacitación somete a una persona a curatela y no a tutela es porque se entiende que tiene la capacidad suficiente para actuar por sí sola, sin que sea necesario ni pueda otra persona representarle o tomar por ella las decisiones que le afecten. Por ello, no cabe en ningún caso que el consentimiento del hijo exigido para la eficacia del reconocimiento sea sustituido por la aprobación judicial.

Estas razones nos convencen de que si el hijo reconocido es un incapacitado sometido a curatela, sólo él, en virtud de lo establecido por el artículo 123 C.c., podrá decidir la eficacia de su reconocimiento prestando o no su consentimiento al mismo.

Un supuesto específico de persona sometida a curatela es el del pródigo. Lo tratamos especialmente porque un problema que ha preocupado a la doctrina es si los declarados pródigos se encuentran comprendidos en el término <<incapaces>>⁴⁰⁸ del artículo 124 C.c. La

⁴⁰⁸ Así, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 470, destaca que "los incapaces a que se refiere el artículo 124 (lo mismo que acontece desde el punto de vista de la capacidad para reconocer conforme al art.121) sólo son quienes hayan sido incapacitados en virtud de una

respuesta debe ser, en la actualidad, necesariamente negativa: tras la reforma del Código civil en materia de tutela, por la Ley 13/1983, los declarados pródigos no pueden considerarse incapacitados, ya que la prodigalidad no es causa de incapacitación según el artículo 200 C.c.⁴⁰⁹, que habla sólo de <<enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico>>⁴¹⁰.

A mayor abundamiento, el declarado pródigo no está sometido a tutela, sino a curatela (cfr. art. 286.3º C.c.): el curador no es el representante legal del declarado pródigo; sólo le asiste en los actos que, según la sentencia que le declare pródigo, no puede realizar sin el consentimiento del curador (cfr. art. 298 C.c.)⁴¹¹. Por tanto, volvemos a repetir que si el declarado pródigo no está sometido a representación legal, no cabe incluirlo en el supuesto de

circunstancia que afecte a sus facultades intelectivas. Quienes padecen una incapacidad puramente patrimonial (por ejemplo, el pródigo, el interdicto, el concursado o el quebrado) han de aceptar personalmente. Es decir, no están incluidos en el artículo 124, sino en el 123" Por su parte, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 924, negando también que los declarados pródigos se comprendan en la expresión <<incapaz>>, basa su negativa en que "esta incapacitación no atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo"

⁴⁰⁹ Señala OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, ob. cit., pág. 111, que la prodigalidad no es causa de incapacidad, entre otras razones, porque "tal y como está legalmente estructurada hoy, no tiene cabida en forma alguna en el art. 200 que menciona las causas de incapacitación, pues desde luego no puede entenderse como enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, ni tampoco -ya nos ocupamos antes de la cuestión- como anomalía de carácter psíquico"

⁴¹⁰ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ob. cit., pág. 258, indican que la reforma eliminó la prodigalidad como causa de incapacitación; y más adelante afirman que tras la reforma de 1983, que modifica profundamente la regulación de la prodigalidad, "en lugar de incapacitar al declarado judicialmente pródigo, se le somete a curatela" (ob. cit., pág. 281). También lo sostiene SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, edición cit. de 1989, pág. 336: "la prodigalidad ha dejado de ser una especie -junto con la locura, la sordomudez e interdicción- del estado civil de incapacitación; ahora, junto al al *status* de incapacitado por enfermedad física o psíquica (art. 200), existe el *status* de declarado pródigo, que el Código no describe" Y EGEA FERNÁNDEZ, "El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil en materia de tutela", ob. cit., pág. 61, razona que "después de la ley reformadora, la prodigalidad pasa a tener un tratamiento independiente de la incapacitación, de hecho la Disposición adicional de dicha Ley diferencia, claramente, como dos procedimientos perfectamente individualizados, el de incapacitación y el de declaración de prodigalidad". Una exposición detallada de todos los argumentos favorables a esta interpretación puede encontrarse en OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, ob. cit., págs. 109 a 113.

⁴¹¹ Señala OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, ob. cit., pág. 111, que la representación del pródigo es innecesaria "puesto que obra siempre *por sí mismo*, aunque no siempre *por sí solo*, para lo cual se prevé la asistencia del curador"

hecho de la norma del artículo 124 C.c., previsto para los casos en que el reconocido tiene o debería tener representante legal. Además, la declaración de prodigalidad es de naturaleza patrimonial, siendo irrelevante en la esfera personal del declarado pródigo: la determinación de la filiación entra dentro de esta esfera personal, por lo que a estos efectos no puede en ningún caso restringirse la capacidad del declarado pródigo⁴¹².

Concluimos, en consecuencia, que el reconocimiento del hijo declarado pródigo está sometido a los requisitos de eficacia que prevé el artículo 123 C.c., y no a los del artículo 124 C.c.

IV RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTOS RECONOCIMIENTOS

1. Eficacia e inscripción del reconocimiento.

Exige el artículo 123 C.c. el consentimiento expreso o tácito del hijo para que el reconocimiento produzca efectos. Procede estudiar, por tanto, dicho consentimiento y qué incidencia tiene en el reconocimiento.

El consentimiento del hijo es necesario para la eficacia del reconocimiento, no para su validez. Así se deduce claramente de la expresión <<no producirá efectos>>⁴¹³.

Esta eficacia, o estos efectos a los que se refiere el artículo 123 C.c., consisten en la determinación legal de la filiación no matrimonial⁴¹⁴. Mientras no recaiga el consentimiento

⁴¹² Estudiando los efectos de la prodigalidad en la esfera estrictamente personal, mantiene OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, ob. cit., págs. 176-177, recogiendo el parecer de GETE-ALONSO, que "por muy fuertes que puedan ser las limitaciones que imponga la sentencia, no autorizará ello a mermar una esfera que, en el anterior sistema, permanecía ajena a la declaración de prodigalidad"

⁴¹³ PINO, *Il diritto di famiglia*, ob. cit., págs. 177-178, señala que se exige un acto unilateral del hijo 'non tanto per la formazione dell'atto di riconoscimento, quanto perchè questo sia produttivo di effetti'. También en el Derecho portugués, el consentimiento del reconocido exigido por el art. 1.857 del Código civil se considera condición de eficacia del reconocimiento (OLIVEIRA E SILVA, *Filiação. Constituição e extinção do respectivo vínculo*, Livrira Almedina, Coimbra, 1989, pág. 148).

⁴¹⁴ Dice, en general, ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, ob. cit., pág. 369, que "la eficacia del reconocimiento, cuando reúna los requisitos legales, se muestra en ser un medio de determinar la filiación no matrimonial (art. 120)"

exigido, el reconocimiento, si es válido, sólo vincula a su autor, que no lo podrá revocar.

Sólo cuando llega a ser eficaz el reconocimiento, es decir, cuando concurre el consentimiento del hijo, puede inscribirse en el Registro Civil, pues así lo establece expresamente el artículo 187 del Reglamento del Registro civil.

2. Ámbito de aplicación de este régimen.

1. Mayoría de edad y/o capacidad suficiente del hijo posteriores a su reconocimiento.

El régimen de eficacia establecido por el artículo 123 C.c. no sólo se aplica cuando en el momento del reconocimiento el hijo es mayor de edad y capaz (o menor emancipado, declarado pródigo o incapacitado sometido a curatela), sino también cuando el reconocimiento recayó siendo el hijo menor o incapacitado sometido a tutela, pero todavía no ha determinado la filiación en el momento en que el hijo alcanza la mayoría de edad (o la emancipación), o recupera la plena capacidad (o se le somete a curatela)⁴¹⁵.

Es lo que mantiene también la Dirección General de los Registros, desde antes de la reforma de la filiación. En la Resolución de 4 de marzo de 1980, consideró que "respecto de la filiación, es de observar que no consta la necesaria aprobación judicial del reconocimiento voluntario de los padres otorgado en el expediente o el consentimiento del reconocido, ya mayor de edad"⁴¹⁶; y en la de 5 de noviembre de 1991 afirma con rotundidad que "Hay que advertir, ante todo, que, aunque la inscripción de la filiación paterna no matrimonial se ha

⁴¹⁵ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 922, se pronuncia en este sentido, afirmando que el reconocimiento lo debe consentir el hijo si al llegar a la mayoría de edad el reconocimiento no había conseguido el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, ya sea por falta de tiempo o por negativa. Continúa diciendo que el consentimiento del representante legal sería imposible, y la aprobación judicial, de darse, inoperante por inoportuna, "pues cuando el reconocido llega a la mayoría de edad, corresponde a éste -y no a quien en sustitución de él velaría por sus intereses, de ser menor o incapaz- decidir todo cuanto afecte a su persona y bienes y, en concreto, si el reconocimiento le conviene o no". A RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 115, y en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 471, le parece razonable la tesis de PEÑA.

⁴¹⁶ RJA 1980, 897. Repite la Dirección General prácticamente la misma afirmación en otra Resolución de igual fecha (RJA 1980, 898).

practicado, respecto de una persona nacida en 1934, por comparecencia del padre ante el Juez Municipal en 1945 y sin que conste la necesaria aprobación judicial que para la eficacia del reconocimiento de los menores de edad exigía en aquella fecha el entonces vigente art. 133 del Código Civil, la falta de tal aprobación no puede privar de eficacia al reconocimiento desde el momento en que la reconocida, ya mayor de edad, ha prestado su consentimiento inequívoco al reconocimiento paterno. El consentimiento del hijo mayor de edad dota, sin duda, tanto en la regulación anterior como en la actual (cfr. art. 1234 [sic] CCiv.) de plena eficacia al reconocimiento formal otorgado anteriormente por el progenitor"⁴¹⁷.

Pensamos, por nuestra parte, que tanto si el reconocimiento se otorga cuando el hijo es mayor de edad y capaz, como si se otorga cuando es menor o está incapacitado y sigue ineficaz al alcanzar la mayoría de edad o recuperar su capacidad, en cualquier caso estamos ante un reconocimiento válido que puede determinar la filiación de un hijo mayor de edad y capaz, por lo que necesitará para ello el consentimiento del propio hijo, tal y como establece el artículo 123 C.c.

En relación con lo anterior, está el hecho de que el reconocimiento, válidamente efectuado, es ya irrevocable, y nada obsta a que devenga eficaz, en cualquier momento de la vida del hijo o incluso una vez fallecido, cuando se cumplan los requisitos exigidos por la Ley para ello. Estos requisitos son distintos dependiendo de la situación en la que se encuentre el hijo: mayor de edad y capaz (art. 123 C.c.), menor o incapacitado (art. 124 C.c.), o ya fallecido (art. 126 C.c.); y se aplicarán unos u otros en función de la situación en la que se halle el hijo reconocido en el momento en que puede ser eficaz el reconocimiento, situación que no necesariamente tiene que coincidir con la que tenía el hijo en el momento en el que se otorga el reconocimiento. Mientras que el reconocimiento válido permanece, a la espera de

⁴¹⁷ RJA 1991, 9670.

su eficacia, el hijo, del que depende esa eficacia, o puede ver modificada su capacidad de obrar, ya sea por el ineludible transcurso del tiempo, que hace que pase necesariamente de la minoría a la mayoría de edad, ya sea por una posible incapacitación, o puede morir.

Esquemáticamente, puede decirse, por tanto, que si el reconocimiento se otorga cuando el hijo es menor o incapacitado, puede ser eficaz, durante toda su minoría de edad (salvo que se emancipe) o mientras dure su incapacitación, si concurre el consentimiento de su representante legal o la aprobación judicial. Si durante ese tiempo el reconocimiento no ha determinado la filiación, puede ser eficaz si concurre el consentimiento del hijo mayor de edad y capaz. Por último, si el hijo reconocido fallece sin haber prestado su consentimiento, puede ser eficaz si lo consienten sus descendientes. Y es que, mientras el reconocimiento no surta los efectos correspondientes, mientras no determine la filiación, habrá que estar a las variaciones de la capacidad de obrar del hijo o a su fallecimiento para determinar cuál será, en cada momento desde que se otorga que es cuando puede ser eficaz, el régimen de eficacia aplicable.

Un argumento más, a favor de la posibilidad de que el reconocimiento de un menor o incapacitado pueda ser eficaz con el consentimiento del hijo ya mayor y capaz, lo encontramos en la finalidad última de la admisión del consentimiento del representante legal o la aprobación judicial. Para que un reconocimiento determine la filiación, la regla debe ser que sea el propio hijo el que preste su consentimiento, admitiéndose otros consentimientos o aprobaciones sólo en la medida en que el hijo no pueda actuar por sí mismo por no tener la capacidad suficiente. Como el reconocimiento puede recaer cuando el hijo es menor o está incapacitado, y se considera que la determinación de su filiación puede ser beneficiosa para él, el ordenamiento permite que en estos casos sean otras personas las que decidan la eficacia de dicho reconocimiento, configurándose el consentimiento del representante legal y la

aprobación judicial como excepciones a la naturaleza personalísima del consentimiento del hijo reconocido⁴¹⁸. Mientras el hijo no pueda actuar por sí mismo, alguien tiene que actuar por él y defender sus intereses, y por eso se prevé la posible eficacia del reconocimiento del menor o incapacitado, pero, si no consigue esta eficacia, una vez que el propio hijo pueda consentir por sí solo el reconocimiento deja de tener sentido la excepción y recupera todo su vigor la regla general vista.

Entendemos que el consentimiento del representante legal del reconocido o la aprobación judicial sólo se establecen para que pueda llegar a ser eficaz el reconocimiento de un menor o incapacitado, ésta es su única finalidad. Sólo tienen relevancia para conceder eficacia al reconocimiento, cuando recaen. No tendría ninguna justificación, por tanto, que su inexistencia impidiese la eficacia del reconocimiento cuando el propio hijo, alcanzada o recuperada la capacidad necesaria, lo consiente⁴¹⁹. Porque, además, que sea el propio hijo el que consienta el reconocimiento es lo deseable, pues es él el que va a quedar ligado con el reconocedor.

2. Incapacitación del hijo mayor de edad reconocido.

⁴¹⁸ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923, dice que "por afectar a la esfera personalísima del reconocido, no debería caber, en principio, el ejercicio de la facultad de consentir por medio de representante legal o voluntario, o por los herederos", añadiendo que "por lo que respecta a los representantes legales, diremos que en la consideración legal de esta facultad del reconocido ha prevalecido lo que tiene defensa de sus intereses sobre lo que tiene de personalísima"

⁴¹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1965 (RJA 1965, 5813) parece considerar lo contrario, pues, a mayor abundamiento, ya que se trataba de un reconocimiento sin la forma exigida, sus afirmaciones nos llevan a pensar que, aun con el consentimiento del hijo mayor de edad que es quien alega su condición de hijo natural reconocido, no podría ser eficaz el reconocimiento por no haber recaído la aprobación judicial que entonces era exigida cuando se reconocía a un menor de edad. Dice esta sentencia que "y como por otra parte, cuando el reconocimiento hecho en documento público afecta a un menor de edad, ha de ser completado con un acto de aprobación de la Autoridad judicial con intervención ineludible del Mº Fisc. -párrafo 2º del art. 133 del C. Civ.- como requisito insoslayable de acusado carácter público, que no tuvo lugar, es obvio que el recurrente no tenía al momento de formalizar su pretensión ante los Tribunales la condición legal de hijo natural reconocido", recalando en otro Considerando que "y como quiera que a mayor abundamiento tampoco se cumplió lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 133 del mismo cuerpo legal que era ineludible para la plenitud de efectos y eficacia del supuesto reconocimiento voluntario de hijo natural..."

Que sea aplicable el artículo 123 C.c. cuando el reconocimiento no ha llegado a ser eficaz en virtud del artículo 124 C.c. nos parece, pues, evidente. Pero el supuesto contrario, es decir, que quepa acudir al artículo 124 C.c. cuando se ha reconocido a una persona mayor de edad posteriormente incapacitada, resulta más dudoso. Sobre todo si el hijo, siendo plenamente capaz, se ha negado a consentir el reconocimiento⁴²⁰.

PEÑA, que se cuestiona si el representante legal puede consentir el reconocimiento que no ha querido consentir el hijo mayor de edad, se decanta por la solución afirmativa, aunque no es rotundo, argumentando que "parece que la Ley ha querido atribuir al representante legal la misma potestad que al reconocido en atención a los intereses de éste (cambiantes con el tiempo)"⁴²¹.

POZO, por el contrario, considera que "a la vista del sistema establecido por nuestro Código, si el propio hijo mayor de edad, antes de incapacitación, no consintió el reconocimiento, nadie deberá decidir ahora por él. Y ello aunque se estime que se trata de un reconocimiento altamente beneficioso para los intereses del hijo. Si el hijo no quiso consentir, cualquiera que fuese el motivo de su oposición, que se respete su voluntad"⁴²².

Creemos que chocan, por lo que a la solución de esta cuestión se refiere, dos de las consideraciones que hemos hecho en torno a la relación entre los artículos 123 y 124 C.c.

Por una parte, está esa regla general de la que hablábamos, en virtud de la cual es al propio hijo reconocido al que le corresponde consentir o no su reconocimiento. Sólo cuando

⁴²⁰ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 115, y en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 471, se plantea el problema pero no ofrece ninguna solución: "más dudoso es si negado el consentimiento por el reconocido mayor de edad, puede su representante legal, una vez incapacitado el primero, otorgar el preceptivo consentimiento ex art. 124".

⁴²¹ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923.

⁴²² *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 49-50. POZO sólo considera admisible la aplicación del art. 124 C.c. "cuando por cualquier circunstancia el hijo, antes de ser incapacitado, no hubiese podido manifestarse sobre el reconocimiento".

aquél no puede pronunciarse sobre dicho reconocimiento, porque no tiene la suficiente capacidad, opera el régimen previsto en el artículo 124 C.c., que supone la sustitución de la voluntad del hijo por la de su representante legal o por la aprobación judicial. Pero si el hijo, siendo capaz, ya se ha pronunciado sobre el reconocimiento, y lo ha rechazado, no sería, en principio, aceptable que una vez incapacitado pudiese consentirlo el representante legal o aprobarlo el Juez.

Por otra, está el hecho de que el régimen de eficacia del reconocimiento varía en función de la situación personal (mayoría o minoría de edad, capacidad o incapacitación) en la que se encuentra, en el momento en que puede ser eficaz el reconocimiento, el sujeto reconocido. En consecuencia, aunque el hijo mayor de edad y capaz no haya consentido el reconocimiento, éste, que es irrevocable, sigue estando en condiciones de ser eficaz, y si posteriormente se incapacita al hijo, el régimen que sería aplicable es el regulado en el artículo 124 C.c. De esta forma, además, se tienen en cuenta los que PEÑA llama intereses cambiantes del hijo: es posible que las circunstancias aconsejen que, estando ya incapacitado el hijo, se consienta o apruebe el reconocimiento en interés de aquél.

A pesar de esta última consideración, pensamos que si el reconocido, siendo plenamente capaz, ha conocido la existencia del reconocimiento y no lo ha consentido, no cabe que, una vez incapacitado, lo consienta su representante legal o lo apruebe el Juez. Y ello porque no es enteramente cierto que, aunque el reconocimiento pueda seguir siendo eficaz a pesar de la falta de consentimiento del hijo, el régimen aplicable para alcanzar esta eficacia sea el establecido en el artículo 124 C.c. Este régimen sólo se justifica, como excepción que es a la necesidad del consentimiento del propio hijo, cuando, efectuado un reconocimiento, el reconocido no tiene la capacidad suficiente para consentirlo o no. La voluntad del hijo es la relevante para la eficacia del reconocimiento, y sólo se puede sustituir por la de otras personas

cuando no se puede conocer debido a la falta de capacidad del hijo en el momento de otorgarse el reconocimiento. Si el hijo tenía la capacidad suficiente en el momento de otorgarse el reconocimiento para hacer valer su voluntad acerca del mismo, y se conoce esta voluntad, deja de tener sentido el régimen de eficacia dispuesto en el artículo 124 C.c.

Ya que no se puede conocer tampoco la voluntad del hijo respecto del reconocimiento cuando aquél, aun siendo capaz para consentir, ignoraba su existencia, procede igualmente la aplicación del artículo 124 C.c. si, una vez incapacitado, se descubre la existencia del reconocimiento.

3. Forma del consentimiento.

1. Fundamento.

El artículo 123 C.c. dispone que el consentimiento del hijo mayor de edad puede ser expreso o tácito, a diferencia de lo que acontece con el consentimiento del representante legal, que sólo puede ser expreso. Algún autor sostiene que con la admisión del consentimiento tácito "se ha tratado de facilitar la eficacia de un reconocimiento ya consentido, a pesar de que la expresión formal de este consentimiento se haga después imposible por muerte o enfermedad del reconocido"⁴²³. Aun pudiendo ser ésta una de las razones para contemplar también el consentimiento tácito, creemos que la que subyace en la disposición es otra.

El legislador claramente ha distinguido el reconocimiento, que en todo caso debe ser solemne como título de determinación legal de la filiación, de los consentimientos necesarios para darle eficacia, para los que no se exige ninguna formalidad fuera del carácter expreso en el caso de que lo preste el representante legal del menor o incapaz (art. 124 C.c.). El consentimiento del hijo sólo se requiere para la eficacia del reconocimiento realizado por el presunto progenitor, que es el título de determinación legal de la filiación y por ello solemne.

⁴²³ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923.

y lo que busca el legislador exigiendo este consentimiento es el acuerdo del hijo con ese reconocimiento. Una vez que ya hay un reconocimiento formal, repetimos título de determinación legal de la filiación, el acuerdo del hijo puede venir dado en cualquier forma, por medio de una declaración expresa o a través de su comportamiento, pues lo que importa es la voluntad conforme del reconocido.

Por otra parte, la razón de la distinción entre el consentimiento del hijo y el consentimiento de su representante legal puede estar en que en un caso es el propio hijo el que consiente, por lo que también su comportamiento podrá valer como consentimiento quedando vinculado por él, y en el otro una persona distinta en su lugar, lo que obliga a extremar las garantías.

2. Consentimiento expreso.

El consentimiento expreso del hijo puede ser tanto escrito, en documento público o privado, como verbal, pues, si se admite también el tácito, no hay ninguna razón para exigir que, además de expreso, sea formal⁴²⁴.

Si el consentimiento expreso no se presta en documento público o ante el Encargado del Registro, el único problema que se planteará, existente siempre que el consentimiento sea tácito, será la prueba de dicho consentimiento para poder demostrar que la filiación ya ha quedado determinada y, por tanto, para poder inscribir el reconocimiento (cfr. art. 187 R.R.c.). A este respecto, establece el artículo 187 R.R.c. que la existencia del consentimiento podrá

⁴²⁴ Así lo entienden DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 460; PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923; RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 116, y SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. cit., pág. 654. Tanto DE LA CÁMARA como SANCHO REBULLIDA explican que no sería coherente exigir que el consentimiento expreso observe una forma determinada cuando se admite también el tácito.

comprobarse en expediente gubernativo⁴²⁵. El precepto no es muy clarificador, pues no especifica qué expediente gubernativo es el procedente.

La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, dictada, por tanto, con anterioridad a la reforma del artículo 187 R.R.c. en 1986, aclaraba que el consentimiento tácito, al que cabe asimilar el expreso no contenido en documento público pues las dificultades de prueba son las mismas, <<podrá comprobarse en el propio expediente de inscripción fuera de plazo del nacimiento, o en el de inscripción de filiación regulado por el artículo 49 de la Ley del Registro Civil>>.

Nos sorprende que, para la comprobación de un requisito exigido para la validez del reconocimiento formal, título de determinación legal de la filiación contenido en el apartado primero del artículo 120 C.c., se pueda acudir al expediente del artículo 49 L.R.c., cuya resolución es otro título de determinación legal de la filiación según el apartado segundo del artículo 120 C.c. Este expediente se tramita precisamente cuando no hay reconocimiento formal, sino escrito indubitado, posesión de estado o lo establecido para la filiación materna, y tiende a la determinación extrajudicial de la filiación siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal ni de persona interesada. Su función es, pues, bien distinta a la que se pretende conseguir con la comprobación del consentimiento del hijo, necesario para la eficacia del reconocimiento. Si en el expediente que sea oportuno para esta comprobación se resuelve la existencia del consentimiento del hijo, la filiación quedará determinada en virtud del reconocimiento y no de la resolución del expediente.

⁴²⁵ A pesar de que el art. 187 R.R.c. parece referirse sólo a la comprobación del consentimiento tácito, como hizo la Circular de 2 de junio de 1981 que veremos seguidamente, la regla es aplicable también al consentimiento expreso que no consta en documento auténtico. En este sentido se pronuncia DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 461, para quien "la inscripción en el Registro del consentimiento tácito, indispensable para inscribir el reconocimiento (igual ocurre si el consentimiento expreso no consta en escritura pública o si no se formaliza ante el encargado del Registro), será necesario justificarlo en expediente".

Además de ser funcionalmente inadecuado el expediente del artículo 49 L.R.c. para la comprobación del consentimiento del hijo al reconocimiento, quedaría desnaturalizado si se recurriese a él. No sólo son inoperantes en este caso, pues hay un reconocimiento formal de la filiación, las circunstancias que se recogen en el precepto para resolver el expediente, sino que siempre que se probase que el hijo, en algún momento, ha prestado su consentimiento expreso o tácito al reconocimiento, sería totalmente irrelevante para la resolución del mismo la oposición del Ministerio Fiscal o de cualquier parte interesada, incluso la del reconocido, pues su consentimiento es irrevocable.

No creemos, por tanto, que pueda acudir al expediente regulado por el artículo 49 L.R.c. para la inscripción, en su caso, del consentimiento del hijo⁴²⁶. El expediente oportuno es, por el contrario, el de inscripción de nacimiento fuera de plazo, pues en éste se investigan, según el artículo 312.3º R.R.c., <<cuantas circunstancias deban constar en la inscripción>>, y una de estas circunstancias es la filiación del nacido si está legalmente determinada (cfr. art. 170.3º R.R.c.)⁴²⁷. Lo que deberá comprobarse será, pues, si la filiación del inscrito, o del que se pretende inscribir, ha quedado determinada por la concurrencia del consentimiento del hijo

⁴²⁶ Parece opinar lo contrario DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 461, aunque su razonamiento está dirigido más bien a defender la viabilidad del expediente registral para comprobar la existencia del consentimiento del hijo. Dice el autor que "como sería absurdo que la inscripción del reconocimiento exigiera siempre un juicio declarativo para acreditar que el hijo prestó tácitamente su consentimiento y como además el artículo 49 de la Ley permite la inscripción de la filiación natural (...) cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación, caso en el que debe exigirse, parece, el consentimiento del hijo, si cuando se otorgó el reconocimiento a formal era mayor de edad, es defendible que pueda incoarse expediente *con el fin de completar la determinación de la filiación no matrimonial, aunque exista reconocimiento formal*" (la cursiva es nuestra).

⁴²⁷ En el mismo sentido se pronuncia PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 924, quien explica que "cuando existe ya un reconocimiento solemne, no tiene sentido un expediente que tenga por objeto directo la declaración de la filiación. Se trata, entonces, sólo de acreditar uno de los requisitos complementarios de un título de determinación legal, el consentimiento del hijo, sea tácito, sea expreso pero no solemne. El requisito del consentimiento es, en tal supuesto, uno de los que pueden declararse siguiendo la tramitación del expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, conste ya inscrito o no el nacimiento, pues la filiación es una de las circunstancias que necesariamente ha de contener la inscripción de nacimiento (cf. art. 170.3º R.R.c.), y las reglas del expediente por inscripción de nacimiento fuera de plazo rigen no sólo cuando no está inscrito el nacimiento, sino también cuando se trata de completar la inscripción del nacimiento con los datos de una filiación que en el expediente se revele como legalmente determinada (cf. art. 296 R.R.c.)".

mayor de edad, y con capacidad suficiente, al reconocimiento.

3. Consentimiento tácito⁴²⁸.

Habrá consentimiento tácito del hijo cuando de sus actos, o de alguno, pueda inferirse que est  de acuerdo con el reconocimiento de su filiaci n⁴²⁹, actos que, matizamos, debe haber realizado el hijo siendo mayor de edad con capacidad suficiente (o emancipado), es decir, siendo el sujeto que, según el artículo 123 C.c. y la interpretación que le hemos dado, puede prestar un consentimiento tácito al reconocimiento⁴³⁰.

Este consentimiento tácito puede estar implícito en la posesión, por el reconocido, del estado de hijo, mejor dicho, en el *tractatus* o trato dispensado por el hijo, ya mayor de edad, al reconocedor. No se trata exactamente de que el hijo, en estos casos, consienta el reconocimiento, sino de que acepta al reconocedor como su padre, de lo que indirectamente

⁴²⁸ La  nica enmienda que se presentó, en la tramitación parlamentaria del proyecto de reforma de la filiación, al texto del art. 123 tuvo por objeto la supresión del consentimiento tácito. La núm. 117, presentada en el Senado por el Grupo de UCD, motivaba la supresión diciendo que "El consentimiento tácito por su misma subjetividad y difícil constatación en muchos casos, conduce a una situación de inseguridad incompatible a nuestro juicio con el rigor y estabilidad que debe acompañar a un tema de tanta trascendencia" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 680).

⁴²⁹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 460, habla de "hechos concluyentes que denoten su conformidad con el reconocimiento", de cualquier acto "que sea por sí mismo suficientemente indicativo", y pone como ejemplos la aceptación de la herencia del reconocedor y "siempre que el reconocido invoque, incluso socialmente, su condición de hijo del reconocedor". PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923, por su parte, dice que es el "inferido de actos que no tienen por finalidad directa expresar el consentimiento, pero que lo presuponen". Por  ltimo, POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 53, considera que "existe consentimiento tácito cuando el hijo, conociendo la existencia del reconocimiento, de la necesidad de su consentimiento, y de las consecuencias que ello implicaría, realiza actos inequívocos, suficientemente expresivos y concluyentes de su voluntad, que permitan deducir claramente la existencia de tal consentimiento".

⁴³⁰ Esta idea es la que informa la afirmación de RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 116, de que el consentimiento tácito "puede deducirse del propio comportamiento del hijo, incluso de la posesión de estado de tal con su anuencia". También incide en ella POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 53, al hablar de la posesión de estado: "si llegado el hijo a la mayoría de edad, la posesión de estado sigue existiendo (o al menos el elemento <<tractatus>>), y el padre reconoce formalmente al hijo, se podría deducir como un consentimiento tácito el hecho de que el hijo siga admitiendo tal situación".

se deduce que también consiente el reconocimiento que oficializa esa situación⁴³¹.

4. Irrevocabilidad y ausencia de vicios del consentimiento.

El consentimiento del hijo, ya sea expreso o tácito, una vez que ha recaído es irrevocable, al igual que el reconocimiento. Desde ese momento, por disposición legal, habrá quedado determinada la filiación, por tanto ni el padre ni el hijo están legitimados para evitar este efecto legal.

El consentimiento del hijo es una declaración de voluntad que, como cualquier otra, debe estar exenta de vicios. Se plantea aquí, como también respecto del consentimiento del representante legal, la posible aplicación del régimen especial de anulabilidad previsto por el artículo 141 C.c. para el reconocimiento⁴³², o el régimen general de anulabilidad por vicios del consentimiento establecido en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil⁴³³. Las diferencias fundamentales entre uno y otro régimen son que, en el específico del reconocimiento, no se admite el dolo como vicio del consentimiento, y el plazo para poder impugnar el acto es sólo de un año, que se cuenta, tanto si se alega violencia o intimidación como si se alega error, desde el reconocimiento o desde la cesación del vicio.

Entendemos que cabe aplicar analógicamente, ante la falta de una regulación expresa, el régimen establecido en el artículo 141 C.c. para la impugnación del reconocimiento por

⁴³¹ SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 654, define el consentimiento tácito sin referir el comportamiento en que consiste concretamente al reconocimiento. Dice que "cualquier actuación del reconocido mayor en concepto de hijo del reconocedor será valorable como consentimiento tácito"

⁴³² Según PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923, "cabe aplicar por analogía el régimen de anulabilidad por vicios del consentimiento establecido para el reconocimiento mismo, pero naturalmente sólo podrán invocarse por quien los sufre".

⁴³³ A pesar de que se establece en estos preceptos el régimen de los vicios del consentimiento en materia de contratos, cabría aplicarlo analógicamente al consentimiento que tratamos ante la falta de una regulación expresa. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 94, nos dice que la doctrina, ante la carencia de disposiciones específicas, ha acudido a la aplicación analógica de lo establecido en sede de contratos.

vicios del consentimiento, por su mayor semejanza con el supuesto de hecho no regulado. El consentimiento del hijo, como su reconocimiento, es un acto de Derecho de familia, lo que justificaría la exclusión del dolo como vicio del consentimiento, e incide también en la determinación de la filiación, en la creación de un estado civil que, por su trascendencia, necesita cuanto antes de fijeza, de ahí que sea razonable el recorte a un año del plazo para anular el consentimiento.

5. Plazo para prestar el consentimiento y posición del reconocedor ante la falta de consentimiento.

No establece el artículo 123 C.c. ningún plazo en el que el hijo deba pronunciarse sobre el reconocimiento, lo que resulta hasta cierto punto justificado debido a la irrevocabilidad del reconocimiento. ¿De qué serviría establecer un plazo dentro del cual puede consentir el hijo el reconocimiento si, transcurrido ese plazo sin el preceptivo consentimiento, el reconocimiento sigue vinculando a su autor? Estaríamos ante un acto incompleto que, a pesar de seguir obligando al reconocedor, ya no podría alcanzar eficacia por haber transcurrido el plazo señalado en el que se puede consentir⁴³⁴.

Critica, no obstante, algún autor el no señalamiento de plazo alguno en el que el hijo pueda prestar su consentimiento, lo que puede llevar a que el reconocido, actuando de forma egoísta, lo demore hasta el fallecimiento del reconocedor "con el fin de eludir posibles responsabilidades, sin que el padre pueda cumplir en vida la satisfacción moral de constatar

⁴³⁴ Sólo tendría sentido la fijación de un plazo si, transcurrido el mismo sin oposición del hijo, quedase establecida la filiación, pues de ese modo se daría efecto al reconocimiento. Es lo que establece el Código civil portugués en el art. 1.857, núm. 4, para el caso de que un interesado requiera judicialmente al hijo para que preste su consentimiento: si el hijo no contesta en el plazo de treinta días, se entiende que consiente el reconocimiento.

su paternidad"⁴³⁵. Creemos, por el contrario, que nada hay de criticable en que no se establezca un límite de tiempo en el que se pueda consentir el reconocimiento, pues siendo éste válido la Ley debe perseguir en todo caso que produzca efectos, y el único camino previsto para ello pasa por el consentimiento del hijo. Otra cosa es que no se haya regulado convenientemente la legitimación para poder reclamar la filiación no matrimonial.

Lo que está mal regulado en el Código civil es el acceso a la vía judicial por parte del reconocedor en el caso de que el hijo no preste el consentimiento exigido. Así, tenemos que el artículo 131 concede acción para reclamar la filiación no matrimonial a cualquier persona con interés legítimo, obviamente una de ellas será el presunto progenitor, siempre que dicha filiación se manifieste por la constante posesión de estado. Pero este precepto no soluciona la cuestión, pues si hay posesión de estado, el reconocedor no tendrá necesidad de reclamar la filiación, ya que en esa posesión de estado estará implícito el consentimiento tácito del hijo, por lo que podrá determinarse la filiación en virtud del reconocimiento, comprobando en el expediente correspondiente la existencia de dicho consentimiento.

Procederá, por tanto, acudir a la vía judicial cuando no haya posesión de estado, y en este caso el artículo 133 sólo concede legitimación al hijo, excluyendo al progenitor, que también tiene un interés directo y legítimo en que se declare la relación que le une a determinada persona. Se trata de una discriminación injustificada respecto de la reclamación de la filiación matrimonial también a falta de posesión de estado, ya que esta acción sí pueden interponerla el padre, la madre o el hijo (art. 132 C.c.), que el Tribunal Supremo ha tratado de paliar por medio de una jurisprudencia progresiva sobre la legitimación en los procesos de

⁴³⁵ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 51. Señala que esta falta de plazo crea una incertidumbre, agravada por el hecho de que el reconocedor siempre estará vinculado por su acto y por la probabilidad de que el reconocimiento sea el único medio de determinar la filiación.

filiación⁴³⁶. Es una jurisprudencia aplaudible, pero que contraría claramente lo establecido legalmente. En su defensa, cabe traer a colación el principio de verdad biológica, que informa nuestro actual sistema de filiación, y el principio de libre investigación de la paternidad, reconocido constitucionalmente (art. 39 C.E.).

Así pues, jurisprudencialmente si no se da el consentimiento del hijo, por tanto, si no hay posesión de estado, el reconocedor tendrá en todo caso legitimación para reclamar la filiación⁴³⁷. Con esto no se resuelve, no obstante, adecuadamente el problema, pues sólo se tiene en cuenta el principio de verdad biológica. Si se determina la filiación por vía judicial, desplegará todos sus efectos, a favor y en contra tanto del padre como del hijo, pasando por alto el hecho de que el progenitor ha incumplido sus deberes paternos-filiales cuando más necesario era su cumplimiento, quizá dolosamente, y ha podido actuar egoístamente reconociendo cuando el hijo ya era mayor de edad.

Este problema, que ha debido solucionarse, mal que bien, por vía jurisprudencial en los territorios en los que se aplica el Código civil, ha sido resuelto a nivel legal en el Derecho

⁴³⁶ Ha realizado un estudio profundo de esta jurisprudencia RIVERO, "Comentario de la Sentencia de 5 de noviembre de 1987", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 15, págs. 5125 y ss., y "Comentario de la Sentencia de 23 de febrero de 1990", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, págs. 473 y ss. Vuelve RIVERO a citarla, mencionando los últimos ejemplos, al comentar la Sentencia de 8 de julio de 1991, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, págs. 823 y ss.

⁴³⁷ En este sentido se pronuncia RIVERO, en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 471, después de señalar que la exigencia de consentimientos para la eficacia del reconocimiento encaja mal en un sistema presidido por el principio de veracidad. Aunque esta apreciación anterior no la compartimos, sí creemos que el principio de veracidad del que nos habla el autor obliga, como bien dice, a una interpretación correctora en materia de legitimación, que se traducirá en que "denegado el consentimiento pertinente para el reconocimiento, el autor del mismo debería tener abierta acción para reclamar la filiación cuya determinación se ha visto frustrada, y ello no sólo (...) en el supuesto del art. 131 (si hay posesión de estado), sino también cuando no la hay (art. 133), no obstante la limitación de legitimación activa al hijo. Ello es, además, congruente con la reciente jurisprudencia sobre legitimación en materia de filiación, vinculada a la idea del interés afectado en el proceso, y benévola en cuanto a la reclamación de filiación extramatrimonial (cfr. STS 5-XI-87, 21-IV-88 y 19-I y 5-II-90)". DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 462, por el contrario, sólo contempla la posibilidad de acudir a la vía judicial si hay posesión de estado, pero en este caso ya hemos visto que no sería necesario por existir consentimiento tácito: si hay <<constante>> posesión de estado es porque el hijo, ya siendo mayor de edad, ha estado de acuerdo con el inicio o continuación de su consideración como hijo del reconocedor.

catalán, y además de forma satisfactoria. Establece el artículo 7.1 de la Ley catalana de filiaciones, después de exigir el consentimiento del hijo mayor de edad, que <<La denegación de dicho consentimiento por parte del hijo no impedirá el ejercicio por parte del padre o de la madre de la acción de reclamación de la paternidad o la maternidad no matrimoniales, sin perjuicio de que, una vez demostrada, la acción no tenga otro efecto civil que la mera determinación de la filiación, salvo que quede justificada la razón de la tardanza en el reconocimiento>>.

Con esta regulación, se respeta, por una parte, el principio de verdad biológica, permitiendo en todo caso al reconocedor reclamar la filiación, con lo que la determinación de la misma no depende exclusivamente de la voluntad del hijo⁴³⁸ (como ocurre en el Código civil), y, por otra, se atiende al interés del hijo mayor de edad, contemplando la mera determinación de la filiación⁴³⁹, que conllevará sólo obligaciones, ningún derecho, para el progenitor que se ha desentendido de su hijo cuando más necesaria era su protección⁴⁴⁰. Pero como esta privación de derechos puede ser injustificada en determinados supuestos (el

⁴³⁸ GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 54, justifican esta regla con el argumento de que "un ordenamiento jurídico que, en sede de filiación, parte del principio de verdad biológica, no puede negar la declaración de paternidad / maternidad, en definitiva la determinación legal de la filiación, sólo en base a la negativa del hijo"

⁴³⁹ Los efectos de esta mera declaración de la filiación se regulan en el art. 21.2 de la Ley catalana de filiaciones, estableciéndose que <<no producirá derecho alguno a favor del progenitor, y quedará siempre asegurada su obligación de velar por los hijos y procurarles alimentos>>. Señalan GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 89, que, con esta disposición, "la reciprocidad, en cuanto a los derechos, derivada de la relación paterno / filial se trunca: los derechos sólo se mantienen para el hijo, no para el progenitor".

⁴⁴⁰ GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 54, comentan que "la negativa del hijo puede tener una razón fundada: no tiene porqué admitir una relación jurídica de filiación cuando, en términos prácticos o sociales, lo <<beneficioso>> de aquella ya no existe (básicamente el deber de guarda, educación y custodia) y cuando puede sospechar un <<aprovechamiento>> por parte del progenitor biológico (alimentos, derechos sucesorios)". Y es este *favor filii* "el que introduce, en este ámbito, la diferenciación entre lo que se pueden denominar efectos plenos y efectos menos plenos del contenido de la filiación", el que introduce <<la mera determinación de la filiación>> que "no supone el otorgamiento de ningún derecho, derivado de la misma, en favor del progenitor, pero que, en cambio, deja subsistente (de forma no recíproca) la obligación legal de alimentos".

reconocedor desconocía hasta entonces que tenía un hijo, le ha sido imposible reconocerle, etc.), la determinación de la filiación desplegará todos sus efectos cuando quede justificada la razón de la tardanza en el reconocimiento⁴⁴¹.

Como se ve, en este punto la Ley catalana ha sabido compaginar los dos principios que informan el sistema de filiación, la verdad biológica y el interés del hijo, respetando todos los intereses en juego.

⁴⁴¹ GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 55, citan como ejemplos de causas justificadas de la tardanza, "cuando siendo menor de edad o estando incapacitado el padre se le negó la aprobación judicial (Art. 6.2 LL F) e intenta el reconocimiento más tarde cuando ambos son mayores de edad (o cuando aquel recobra la capacidad y el hijo ya es mayor de edad), en los casos de declaración de ausencia legal, etc."

CAPÍTULO V: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN GENERAL

I INTRODUCCIÓN

El artículo 124 del Código civil regula el régimen jurídico al que quedan sometidos los reconocimientos de hijos menores de edad o incapaces. Este precepto, efectivamente, se refiere a los reconocidos menores de edad o incapaces, no a los reconocedores⁴⁴², a pesar de lo confuso o equívoco de su redacción, que puede aplicarse tanto al reconocimiento otorgado por un menor o incapaz como al reconocimiento de un hijo menor de edad o incapaz⁴⁴³. Una interpretación sistemática nos lleva a incluir en el precepto sólo esta segunda posibilidad, pues previamente el artículo 121 C.c. ya se ocupa del supuesto de que sea menor o incapaz el reconocedor, y ordenadamente los artículos 123 a 126 C.c. regulan el régimen del reconocimiento de la filiación atendiendo a diversas situaciones personales en que puede encontrarse el hijo reconocido (mayor de edad, menor de edad o incapacitado, hijo de hermanos o consanguíneos en línea recta, o ya fallecido).

En este artículo 124 C.c. se distingue lo que podemos llamar un régimen general,

⁴⁴² Alguno de los primeros comentarios de la reforma incurren en esta confusión. Así, OGÁYAR AYLLÓN, "Regulación de la filiación según la última reforma del Código civil", en *Paternidad y filiación*, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 1985, págs. 32-33, hablando de la capacidad para reconocer, se refiere primero al art. 121, y después al art. 124, afirmando que "el reconocimiento unilateral, si se hace en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento, es válido aunque el que reconozca sea menor o incapaz", y que "fuera de los supuestos del reconocimiento unilateral hecho en testamento o en la inscripción de nacimiento dentro de plazo, el que practique el menor o incapaz para ser eficaz requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido".

⁴⁴³ Durante la tramitación en el Congreso del art. 124, el grupo de los Socialistas de Catalunya (enmienda nº 191) ya sostuvo que la redacción del inciso inicial era equívoca, al no saberse si es activa o pasiva, proponiendo como texto alternativo para darle mayor concreción y fácil interpretación <<Para reconocer eficazmente a un menor o incapaz se requerirá...>> (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 282). Inciden también en lo confuso de la redacción DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 142, y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, pág. 59.

contenido en el primer párrafo y aplicable en principio a cualquiera de estos reconocimientos, y un régimen especial, contenido en el segundo párrafo y aplicable a los reconocimientos efectuados en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La minoría de edad o incapacitación del sujeto reconocido se toma igualmente en consideración por el artículo 125 del Código para regular el supuesto excepcional de que los progenitores sean hermanos o consanguíneos en línea recta.

Esta diversidad de reglas, sin duda las que plantean mayores problemas de interpretación⁴⁴⁴, nos obliga a distribuir el contenido del estudio del reconocimiento de hijo menor o incapaz en tres capítulos: en el primero, que es en el que estamos, analizaremos los problemas atinentes a los sujetos reconocidos a los que se refiere el artículo 124 C.c. (que son los mismos que los del artículo 125 C.c.) y el régimen general establecido en el primer párrafo de dicho precepto; en el segundo veremos los dos supuestos especiales objeto del régimen contenido en el segundo párrafo del artículo 124 C.c., y en el tercero el excepcional tratamiento que, a tenor del artículo 125 C.c., merece el reconocimiento de uno de los progenitores cuando, determinada la filiación respecto del otro, resulta que éstos son hermanos o consanguíneos en línea recta.

El artículo 124 C.c. establece, en su primer párrafo, que <<La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido>>, y en el segundo que <<No será necesario el consentimiento o la aprobación si

⁴⁴⁴ BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 392, señala que "el art. 124 C.C. contiene hasta cuatro normas para determinar la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz" y que "tales normas se estructuran en una suerte de excepciones a la norma general contenida en el párrafo primero del citado artículo". En efecto, excepciones y contraexcepciones conforman el régimen de eficacia de los reconocimientos de menores o incapaces.

el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>.

Exige también, como regla general, algún requisito complementario para la eficacia del reconocimiento de hijo menor o incapaz, el artículo 7.2 de la Ley catalana de filiaciones, de 27 de abril de 1991, a cuyo tenor <<Para la eficacia del reconocimiento de un menor de edad o incapacitado que no se realice en el plazo establecido para la inscripción del nacimiento o en testamento se requerirá la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y, si es conocido, del otro progenitor. La denegación de aprobación judicial que no esté basada en la no paternidad o la no maternidad no impedirá la acción de reclamación de filiación a que se refiere el apartado 1 y con el mismo alcance>>. El apartado primero de este artículo 7 se refiere al reconocimiento de un hijo mayor de edad, exigiendo para su eficacia el consentimiento expreso o tácito del reconocido, y la acción de reclamación a la que se remite el precepto anteriormente citado es la que se concede cuando el hijo no presta su consentimiento: <<La denegación de dicho consentimiento por parte del hijo no impedirá el ejercicio por parte del padre o de la madre de la acción de reclamación de la paternidad o la maternidad no matrimoniales, sin perjuicio de que, una vez demostrada, la acción no tenga otro efecto civil que la mera determinación de la filiación, salvo que quede justificada la razón de la tardanza>>⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Coinciden Derecho común y Derecho catalán en contemplar como sujetos pasivos del reconocimiento a los menores de edad y a los incapacitados (con mejor técnica el catalán), exigir algún requisito complementario para la eficacia del reconocimiento de dichos sujetos, excluir de la exigencia de tales requisitos a los reconocimientos efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento o en testamento, y respecto de la aprobación judicial, regulada por ambos ordenamientos, exigir la audiencia del Ministerio Fiscal y del otro progenitor. Por el contrario, divergen ambas regulaciones en prever el Código civil el consentimiento

La Ley 69 de la Compilación navarra, por su parte, establece que el reconocimiento del hijo <<menor de edad o incapacitado no está sujeto a requisito alguno supletorio de su consentimiento, pero podrá ser impugnado por su representante legal o por él mismo al alcanzar la plena capacidad, en la forma y términos que se establecen en la Ley 70>>. Esta última Ley, en su apartado c), se refiere a la impugnación del reconocimiento aludida: <<el [reconocimiento] del menor edad o incapacitado podrá serlo, mediante justa causa, por su representante legal y discrecionalmente por el reconocido, al alcanzar la mayoría de edad o recuperar la capacidad, en el plazo de cuatro años, a contar desde que pueda ser ejercitada en cada caso>>.

Como vemos, se desmarca el legislador navarro tanto del Derecho común como del Derecho catalán, admitiendo la eficacia del reconocimiento de menor de edad (no emancipado)⁴⁴⁶ o incapacitado sin necesidad de ningún requisito complementario⁴⁴⁷,

del representante legal del menor o incapacitado o la aprobación judicial mientras que la Ley catalana sólo contempla ésta última, hablar el Código civil de progenitor legalmente conocido y la Ley catalana sólo de progenitor conocido, arbitrar la Ley catalana la posibilidad que tiene todo reconocedor de acudir a la vía judicial en caso de que se deniegue la aprobación judicial, salvo que se haya basado en la no paternidad o no maternidad, mientras que, aplicando el artículo 133 del Código civil, el reconocedor que no ostente posesión de estado respecto del hijo reconocido no estará legitimado para reclamar judicialmente la filiación no matrimonial, y omitir la Ley catalana la posibilidad de suspender el reconocimiento por parte de la madre cuando se realice dentro del plazo para inscribir el nacimiento o en testamento.

Nos interesa destacar de esta regulación diferenciada el hecho de que se suprima la posibilidad de suspender la eficacia del reconocimiento cuando se efectúa dentro del plazo para inscribir el nacimiento, digno de aplauso porque así se salvaguarda también el interés del menor y se evitan todos los problemas que, veremos, acarrea esta posibilidad en el Código civil. Igualmente queremos incidir en la opción que se le brinda al reconocedor de acudir a la vía judicial, con una acción específica de determinación de la filiación, si la denegación de la aprobación judicial no se basa en la no paternidad o la no maternidad. Creemos, por lo que diremos sobre cómo puede controlarse la verdad biológica en el trámite de la aprobación judicial, que esa denegación debe basarse en una imposible paternidad o maternidad, cuando puede constatare en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no sólo improbable, que es a lo más que puede llegar, en la mayoría de las ocasiones, la comprobación del juez.

⁴⁴⁶ Respecto de los emancipados, señala SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 336, que en el caso de Navarra "no se trata de determinar si el consentimiento requerido puede prestarlo por sí, con asistencia o sin ella, o a través del representante legal", sino de determinar "si a su reconocimiento es aplicable el régimen de consentimiento o el de impugnabilidad". El autor se pronuncia a favor del consentimiento en base a que "el otro mecanismo -la impugnación- se concede en la Compilación a partir de haber alcanzado no la mayoría de edad (como en el art. 187 del R.R.c.), sino la plena capacidad; y, aunque la del emancipado no pueda calificarse de plena, la referencia a la capacidad y no a la edad me parece que puede indicarnos que el emancipado debe consentir el reconocimiento".

desplazando las cuestiones que pueden plantearse a la impugnación de dicho reconocimiento, en base a la ley 70, apartado c), de la Compilación⁴⁴⁸.

El precepto contenido en el primer párrafo del artículo 124 C.c., objeto de comentario en este capítulo, si bien es aparentemente claro, cuando se profundiza en su estudio se advierte su complejidad y los problemas prácticos que plantea⁴⁴⁹.

II FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL O LA APROBACIÓN JUDICIAL

Como cuestión previa, queremos señalar la valoración que merece el sometimiento de la eficacia del reconocimiento a requisitos complementarios, concretamente en el supuesto que

⁴⁴⁷ Pensamos como BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 112, que "cabe albergar algún reparo o desconfianza frente a esa falta de control inicial del reconocimiento, sobre todo cuando el mismo sea tardío".

⁴⁴⁸ Señala SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 336, que el reconocimiento es "un acto completo, perfecto y eficaz, siquiera claudicante", pero que la función que cumplen el consentimiento del hijo mayor y la impugnación del menor o incapacitado es la misma: "consiste en asegurar que nadie pueda ser reconocido, pese a la verdad biológica que ampare el reconocimiento, en contra de su voluntad"

Ya que en Derecho navarro los problemas vienen dados en sede de impugnación del reconocimiento, y no de determinación de la filiación en virtud del mismo, sólo queremos resaltar dos ideas. Se distingue entre la impugnación accionada por el representante legal y la pedida por el hijo. En el primer caso, debe existir <<justa causa>>, mientras que en el segundo puede hacerse <<discrecionalmente>>. ¿A qué se refiere la Ley con estos términos? Parece, en todo caso, que se restringe la legitimación del representante legal, que únicamente podría alegar determinados motivos para impugnar el reconocimiento. La <<justa causa>> no ofrece muchas pistas sobre cuáles pueden ser estos motivos, ¿el representante legal puede impugnar el reconocimiento cuándo crea que no es verdadero, cuándo sea contrario a los intereses del hijo, en ambos casos? Realmente, el perjuicio que causa al hijo esa filiación no debería ser objeto de una acción de impugnación, pues podría solventarse privando de la patria potestad al reconocedor. Sostiene BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 112, que la exigencia de <<justa causa>> significa que el representante legal "tendrá que alegar y probar que semejante determinación legal de filiación no matrimonial no responde a la filiación real o natural de su representado o no conviene a sus intereses", y que el hijo no necesita fundar en nada la acción "salvo su propia voluntad ("discrecionalmente") de que no subsista esa determinación legal de su filiación no matrimonial" Y SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 353, señala que la justa causa es "discrecionalmente apreciable por el Juez", y que la impugnación discrecional del hijo significa que "puede impugnar el reconocimiento sencillamente porque no quiere ser considerado hijo del reconocedor"

⁴⁴⁹ En opinión de DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 142, "esta norma en su actual redacción (...) precisa, pese a su externa sencillez, una exégesis harto compleja cuando se le relaciona con los supuestos fácticos a que puede ser debida".

estudiamos la exigencia del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial⁴⁵⁰. Las opiniones que cabe sostener son diversas⁴⁵¹: cabe criticar que el reconocimiento dependa de la voluntad del representante legal o de la del Juez⁴⁵²; puede entenderse sólo justificable la aprobación judicial (como demuestra la regulación catalana del reconocimiento de hijo menor o incapacitado), o, por el contrario, considerar que, en principio, el

⁴⁵⁰ Al paso de la futura ley por el Congreso, el grupo comunista solicitó la supresión del artículo 124 (enmienda nº 91), en base a que "la práctica de un siglo ha demostrado que la posibilidad de realizar el reconocimiento de un menor sin necesidad de aprobación judicial o del consentimiento del otro progenitor que reconoció primero o del representante legal, establecida en relación al reconocimiento testamentario -forma de reconocimiento que ha sido la normal para el reconocimiento de menores tras expirar el plazo legal de inscripción ordinaria de nacimiento- no ha provocado ninguna dificultad, conflicto o perjuicio a los interesados. Hay que tener en cuenta que cuando se ha producido un reconocimiento, o éste responde a la verdad biológica y entonces no hay razón para condicionar la efectividad del reconocimiento a los indicados trámites, o se trata de un reconocimiento <<de complacencia>> realizado de acuerdo con el otro progenitor; exigir la intervención de éste es complicar la mecánica de la efectividad del reconocimiento y perjudicar, en definitiva, a quienes se intente favorecer. Más absurdo aún sería exigir la aprobación judicial o el consentimiento del tutor para el reconocimiento de un hijo sin filiación previamente determinada. La práctica registral civil permite afirmar que la innovación que pretende el proyecto sería perturbadora para miles de personas sin que pueda tomarse en consideración la contrapartida de evitar unos riesgos hipotéticos" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 254).

⁴⁵¹ Poco después de la reforma de la filiación, GARRIDO DE PALMA, "El reconocimiento de hijos", ob. cit., pág. 39, ya se plantea la cuestión resaltando las opiniones divergentes de algunos autores: "si para PERE RALUY se impone eliminar el requisito de la aprobación judicial permitiendo el reconocimiento en cualquier forma auténtica sin necesidad de requisitos complementarios, para PINTÓ RUIZ, si hay que ir a la verdad biológica todo reconocimiento sin excepción debería necesitar aprobación judicial, y RIVERO HERNÁNDEZ, por último, pone en duda, tras la reforma de 1981, la bondad toda del fundamento de la exigibilidad legal de aprobación o consentimiento"

⁴⁵² RIVERO, "La filiación", en *El nuevo régimen de la familia*, II, ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 67, respecto de la aprobación judicial, se pregunta "¿qué sentido puede o debe tener la aprobación judicial en un sistema jurídico de filiación de verdad real?; ¿qué criterios pueden llevar al juez a negar su aprobación a un reconocimiento: el no ser éste veraz o no conveniente para el reconocido?"; y en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, respecto al consentimiento del representante legal, considera "artificial y discutible la exigencia del consentimiento de una tercera persona para la eficacia del reconocimiento en un sistema de filiación como el nuestro". POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 64 y 94-96, critica el régimen establecido desde el punto de vista de la verdad biológica, suscribiendo las primeras palabras citadas de RIVERO, y añadiendo dos preguntas más: en cuanto al consentimiento del representante legal, "¿es apropiado que se le conceda al representante legal del hijo un poder tan discrecional, hasta tal punto de poder impedir, por su simple voluntad, que los lazos de sangre sean constatados para el Derecho?"; y en cuanto a la aprobación judicial, "¿es acertado conceder al Juez un poder tan absoluto, de tal manera que pueda dejar a un hijo sin sus verdaderos padres sencillamente porque, a juicio de la Autoridad Judicial, no le convienen?"

representante legal es el más idóneo para consentirlo⁴⁵³. Partiendo de la base de que, en nuestra opinión, la intervención del hijo en la determinación legal de su filiación por medio de un acto voluntario del presunto progenitor, como es el reconocimiento, está plenamente justificada, dicha intervención, aunque el hijo sea menor o incapacitado, también debe producirse, si bien, por la falta de capacidad suficiente para prestar el propio hijo su consentimiento, deba ser sustituido por otras personas.

El hecho de que el hijo sea menor o incapacitado, y no pueda prestar por sí mismo el consentimiento oportuno, no puede ser un obstáculo para que en la determinación de su filiación también esté presente la voluntad conforme de otra persona distinta del reconocedor, persona que deberá representar al hijo. Es verdad que se trata de una decisión trascendental que, en principio, sólo le corresponde tomar al reconocido, pero el dato insoslayable de que en el tiempo que dure su falta de capacidad puede reconocerse su filiación, obliga a buscar remedios que permitan que dicha filiación quede determinada extrajudicialmente. Y el mejor remedio no es dejar que esa determinación dependa únicamente de la voluntad del reconocedor, sino dar entrada a las personas que, defendiendo los intereses del hijo, puedan representarle adecuadamente en la toma de la decisión de aceptar o no que su filiación quede establecida legalmente.

La elección del representante legal del hijo o del Juez como personas idóneas para sustituir al reconocido en esta decisión nos parece, salvo supuestos patológicos, acertada. En el caso del representante legal, porque, como su nombre indica, es el que representa como regla general al hijo en los actos que le afectan, y la mención de su consentimiento, junto a la aprobación judicial, facilitará que pueda quedar establecida la filiación del reconocido sin

⁴⁵³ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 473, considera que "si el hijo mayor de edad y capaz debe consentir el reconocimiento, cuando no lo sea, el reconocimiento debe ser consentido por quien le represente legalmente".

ningún conflicto para él. Y en el caso del Juez, porque garantiza la decisión más objetiva posible sobre la conveniencia del reconocimiento para el menor o incapaz, y porque puede subsanar la falta del consentimiento del representante legal debida a un conflicto de intereses entre éste y el reconocedor que en nada atiende al interés del hijo en tener o no determinada su filiación.

III SUJETOS A LOS QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 124 C.C.⁴⁵⁴

1. Menores de edad no emancipados.

Aunque la norma no lo especifique, y hable en general del <<menor>>, hay que entender que se está refiriendo a los menores no emancipados, pues <<la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor>> (art. 323 C.c.), sin que el consentimiento que pueden prestar al reconocimiento entre dentro de los actos para los que necesitan asistencia de sus padres o curador. Por otra parte, los menores emancipados dejan de tener representante legal, pues tanto la patria potestad como la tutela se extinguen, respectivamente, por la emancipación del hijo (art. 169.2º C.c.), y por la concesión al menor

⁴⁵⁴ Recordamos que, al comentar el art. 123 C.c., ya hemos excluido del ámbito de aplicación del art. 124 C.c. determinados sujetos que, en principio, podrían considerarse incluidos en su tenor literal. Por otra parte, el precepto sólo habla de menores e incapaces, aunque quizá podría abordarse el supuesto, no previsto por el art. 124 C.c., de que el hijo reconocido haya sido declarado legalmente ausente. DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 472, dedica alguna atención al tema, señalando que "no se contempla el caso de la persona declarada en situación de ausencia cuyo reconocimiento parece sin duda posible, aunque habrá de consentirlo en su nombre el representante legal que se le nombre". La duda se plantea porque la declaración de ausencia legal conlleva el nombramiento de un representante: en principio, pues, podría considerarse que el ausente reconocido se encuentra en la misma situación que el menor o el incapaz, también sujetos a representación legal. Sin embargo, conviene matizar esta primera impresión. Si el declarado ausente es menor o incapaz, claramente resultará aplicable el art. 124 C.c., pues encaja perfectamente en el supuesto de hecho normativo. Ahora bien, si el declarado ausente es mayor de edad, no creemos posible que el representante nombrado pueda consentir el reconocimiento, ya que el hijo sigue teniendo plena capacidad de obrar y su representante sólo se ocupará de la administración y defensa de su patrimonio. Así entienden la declaración de ausencia legal DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ob. cit., pág. 296: su finalidad es la defensa y protección del patrimonio del ausente, y para ello se le nombra un representante legal. Una decisión tan personalísima como el consentimiento de un reconocimiento de filiación no creemos, por tanto, que pueda tomarla el representante del ausente, quedando sometido su reconocimiento a lo establecido por el art. 123 C.c.

del beneficio de la mayor edad (art. 276.4º C.c.)⁴⁵⁵, y el artículo 124 C.c., al exigir el consentimiento de <<su representante legal>>, está dirigido a los menores que estén o deban estar representados legalmente. Por tanto, el reconocimiento de los menores de edad emancipados queda sometido, como ya avanzamos en el capítulo anterior, a los requisitos de eficacia establecidos por el artículo 123 C.c.

2. Incapacitados sometidos a tutela.

El término <<incapaz>> que emplea el artículo 124 C.c. es muy amplio⁴⁵⁶, y, en teoría, podría pensarse que engloba tanto a los incapacitados por sentencia judicial como a las personas que sin haber sido incapacitadas sufren alguna deficiencia que les impide gobernarse por sí mismas. A nuestro entender, cuando el artículo 124 C.c. habla de <<incapaces>> se está refiriendo sólo a los incapacitados por sentencia judicial⁴⁵⁷, pues se presume, como regla general, la plena capacidad de toda persona mayor de edad mientras no sea judicialmente incapacitada. Además, como personas plenamente capaces, carecen de representante legal, y el precepto que examinamos contempla el supuesto de reconocimientos de hijos que estén o deberían estar sometidos a representación legal. Por tanto, el reconocimiento de un hijo mayor de edad no incapacitado queda sujeto a los requisitos de eficacia del artículo 123 C.c.

La necesidad de que el reconocido esté o deba estar sujeto a representación legal, nos lleva a sostener, avanzando un paso más, que no todo incapacitado por sentencia judicial está

⁴⁵⁵ En el mismo sentido, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925, afirma que "en la expresión <<menor>> no están incluidos los emancipados, pues pueden regir su persona como si fuera mayor; además dejan de tener representación legal". RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 116, también entiende que el art. 124 no comprende al menor de edad emancipado.

⁴⁵⁶ Ya durante la tramitación parlamentaria del art. 124 se propuso la sustitución del término <<incapaz>> por el de <<incapacitado>>: en el Congreso en la enmienda nº 284, del grupo socialista (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 308), como mejora técnica, aunque fue después retirada, y en el Senado en la enmienda nº 47, del grupo de Unión de Centro Democrático (*últ. ob. cit.*, pág. 654).

⁴⁵⁷ Según RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 116, "aunque este precepto dice <<incapaz>>, hay que entender que se refiere al judicialmente incapacitado"

comprendido en los términos del artículo 124 C.c.: sólo lo estarán los incapacitados sometidos a tutela o a patria potestad prorrogada o rehabilitada (cfr. art. 171 C.c.)⁴⁵⁸, y siempre que de la sentencia de incapacitación se pueda deducir que el representante legal del incapacitado es el que debe consentir el reconocimiento de su representado. Y ello porque la representación legal supone que el representante sustituye la voluntad del representado, supuesto al que únicamente cabe aplicar el artículo 124 C.c., pues el régimen en él contenido implica que el consentimiento del hijo es reemplazado por el de su representante legal o por la aprobación judicial del reconocimiento. Cuando es el propio hijo el que puede prestar el consentimiento, con asistencia de otra persona o sin ella, al reconocimiento, salimos del ámbito de aplicación del anterior precepto y entramos en el del artículo 123 C.c. Nos remitimos, por tanto, a lo ya dicho en el capítulo anterior respecto de los incapacitados sometidos a curatela y de los declarados pródigos.

IV RÉGIMEN GENERAL A QUE ESTÁN SOMETIDOS ESTOS RECONOCIMIENTOS

1. Eficacia e inscripción del reconocimiento.

El consentimiento del representante legal del hijo o la aprobación judicial, como requisitos necesarios, según el artículo 124, párrafo primero, C.c., para que el reconocimiento

⁴⁵⁸ Matizamos que habrá que estar a la sentencia de incapacitación que rehabilita o por la que automáticamente se prorroga la patria potestad si se admite que el titular de dicha patria potestad puede no tener la representación legal del hijo, sino que sólo debe prestarle asistencia para ciertos actos. Es lo que mantiene EGEA FERNÁNDEZ, "El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil en materia de tutela", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, I, pág. 61, diciendo que el Juez puede someter al incapacitado "a un régimen de patria potestad prorrogada, con *funciones de sustitución*, o bien con *funciones de complemento de capacidad*, ya que el propio artículo 171 establece que dicha patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación" Si, empleando la terminología del citado autor, se somete al incapacitado a un régimen de patria potestad prorrogada o rehabilitada con *funciones de sustitución*, su reconocimiento quedará sometido al art. 124 C.c.; si, por el contrario, se le somete a un régimen con *funciones de complemento de capacidad*, su reconocimiento se regirá por lo dispuesto en el art. 123 C.c., por las mismas razones que aportamos para defender esta solución en los casos en que el incapacitado queda sometido a curatela.

determine la filiación, es claro que se proyectan sobre la eficacia del reconocimiento⁴⁵⁹, y no sobre su validez. La validez del reconocimiento, como acto jurídico unilateral, depende exclusivamente de su autor⁴⁶⁰: si el reconocedor tiene capacidad para efectuar el reconocimiento (cfr. art. 121 C.c.), lo formaliza debidamente (cfr. art. 120.1º C.c.), y no concurre vicio del consentimiento (cfr. art. 141 C.c.), estaremos ante un reconocimiento válido. El tenor literal del precepto, además, no ofrece dudas sobre la certeza de la anterior afirmación, comenzando rotundamente su redacción con las palabras <<la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz...>>⁴⁶¹. El reconocimiento, recaigan o no el

⁴⁵⁹ En igual sentido se pronuncia la mayoría de los autores italianos al estudiar el art. 250 del Codice civile, que exige, como nuestro Código, algún tipo de consentimiento, dependiendo de la edad del hijo, para que el reconocimiento tenga plenos efectos. Así, FERRANDO, "Filiazione naturale", en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, II, pág. 757, citando a otros autores, declara que "assenso del figlio e consenso del genitore costituiscono condizioni di efficacia del riconoscimento", y CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, Tomo 1º, Parte 2ª, Ed. Cedam, Padova, pág. 667, sostiene que el reconocimiento es "un atto che si perfeziona nel momento in cui la volontà di riconoscere è espressa nelle forme previste e del quale è solo sospesa l'efficacia nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 254 [sic] c. c."

⁴⁶⁰ En este sentido, BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC: la exención de complementos del reconocimiento a *patre*", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 253, escribe que "si los complementos vinieran referidos a la validez jugarían como elementos de la estructura [del reconocimiento] y, con ello, se alteraría radicalmente la esencia íntima de la operación de reconocer que es expresión unilateral de una decisión personal del reconocedor a la que se debe la misma fenomenicidad del reconocimiento y su contenido".

⁴⁶¹ No se plantean en la doctrina discrepancias acerca de esta cuestión, aceptando todos los autores consultados, expresa o implícitamente, que los requisitos del art. 124 C.c. son necesarios para la eficacia del reconocimiento. Dedicar alguna atención al tema, RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 116, según el cual "aparece muy claro que se trata de un requisito de eficacia que, cuando llega, opera retroactivamente"; y DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 470, quien, apoyando sus conclusiones en la redacción del art. 124, afirma: "debe entenderse que el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial no condicionan la validez del reconocimiento, sino solamente su eficacia. Es decir, mientras el representante legal no consienta, o no recaiga la aprobación judicial, la filiación no quedará determinada, pero el reconocimiento vincula a su autor". Más recientemente, POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 60-61, ha afirmado que "el consentimiento del representante legal del menor o incapacitado no es un requisito de validez del reconocimiento, sino de eficacia (art. 124 CC), cuya existencia es imprescindible para que el reconocimiento pueda ser inscrito (art. 188 RRC a sensu contrario y Circular de 2 de junio de 1981)", citando diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que así lo han entendido. Sigue diciendo este autor que, en consecuencia, "la falta de consentimiento del representante legal no provocará la nulidad del reconocimiento. Lo único que va a provocar es que el reconocimiento, acto plenamente válido y completo en sí mismo, será ineficaz hasta que, en su caso, lo apruebe el Juez, o lo consienta tiempo después el propio representante legal (en el caso de cambio de parecer), o el propio reconocido (una vez mayor de edad), o los descendientes del reconocido (en caso de fallecimiento de este último) o sus representantes legales)", concluyendo que incluso "el reconocimiento seguirá siendo válido aunque nunca se cumplan los requisitos complementarios exigidos al efecto".

consentimiento o la aprobación exigidos, es plenamente válido, vinculante para su autor, y por tanto irrevocable; pero no determinará la filiación, no desplegará efectos para el reconocido ni para terceros, hasta que no se consigan el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial. No sólo esto, sino que, como el reconocimiento es válido e irrevocable, puede llegar a ser eficaz si el reconocido, alcanzada la mayor edad o recobrada la capacidad, lo consiente (art. 123 C.c.), o si, ya fallecido el hijo, son sus descendientes, o sus representantes legales, los que prestan el consentimiento exigido (art. 126 C.c.).

La necesidad de que concurren estos requisitos se exige también para poder inscribir el reconocimiento, y con ello la filiación no matrimonial del menor o incapacitado. El reconocimiento, como medio de determinar la filiación, sólo está completo cuando concurren, si el reconocido es menor o incapaz y no cabe aplicarle el régimen previsto en el segundo párrafo del artículo 124 C.c., el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial. Sólo entonces determina la filiación, y, por tanto, sólo entonces puede inscribirse. Se desprende esta solución del artículo 188 R.R.c. *sensu contrario*, y así se interpretó por la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, apartado III. Igualmente, es la solución que mantiene reiteradamente la Dirección General de los Registros en numerosas resoluciones, como las de 12 de febrero, 20 y 23 de septiembre de 1993⁴⁶², entre las más recientes⁴⁶³.

2. Requisitos exigidos para la eficacia del reconocimiento: consentimiento del representante

⁴⁶² RJA 1993, 1409, 6915 y 7074, respectivamente.

⁴⁶³ No obstante, la Dirección General de los Registros mantuvo otra tesis, distinguiendo entre inscripción del reconocimiento e inscripción de la filiación, en la Resolución de 19 de mayo de 1988 (B.I.M.J. 25 junio 1988, 1977). Ante una consulta sobre cuestiones relativas al reconocimiento de hijos, aprobación judicial / competencias del Juez Encargado y del Juez de Primera Instancia, resolvió que "aunque la filiación no matrimonial no sea aún inscribible por falta de aquella aprobación, puede y debe ya inscribirse el reconocimiento sin más demora y sin constancia de la filiación, cumpliendo las reglas previstas en los artículos 213 y 191 del Reglamento del Registro Civil. Más adelante, cuando recaiga la aprobación, se inscribirá el reconocimiento con las consecuencias oportunas en cuanto a los apellidos y nombres de los progenitores del nacido".

legal o aprobación judicial.

1. Planteamiento de las cuestiones a tratar.

Para que sea eficaz este reconocimiento de hijo menor o incapacitado debe darse: o bien el consentimiento del representante legal, o bien la aprobación judicial⁴⁶⁴. Una primera observación a resaltar, que nos parece obvia, es que basta que concurra uno de los dos requisitos para que el reconocimiento sea eficaz: no son cumulativos, sino alternativos⁴⁶⁵. El precepto sólo exige que se dé uno de los dos, por lo que obtenido el consentimiento o la aprobación no será necesario acudir a la otra vía que ofrece el artículo 124, párrafo primero, C.c., para dar eficacia al reconocimiento⁴⁶⁶.

Ahora bien, la mención de este requisito alternativo provoca inmediatamente dos cuestiones. La primera es si es potestativo del reconocedor acudir a una vía o a otra, es decir,

⁴⁶⁴ Antes de la reforma de la filiación de 1981, el antiguo art. 133 C.c. sólo preveía, para el reconocimiento de hijo menor de edad, la aprobación judicial, si bien algún autor defendía el consentimiento del representante legal en algunos casos. Así, BORRACHERO, "Reconocimiento sucesivo de hijos naturales", en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 279, consideraba que "el hecho de que el Código civil exija la aprobación judicial para que pueda efectuarse el reconocimiento de un menor de edad demuestra a las claras que el legislador contempla tan sólo el supuesto de que se trate de un menor de edad *indefenso*, de un menor de edad que carece de la correspondiente representación legal, ya que sería totalmente anómalo que teniendo el padre o la madre que hubieran reconocido al hijo la plenitud de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad se le privara de su representación para uno de los hechos más trascendentales de su vida jurídica, como es el sometimiento a otra relación de filiación derivada del reconocimiento que hiciera el segundo progenitor"; explicando después que el menor sólo está desamparado legalmente "cuando ambos padres efectúan el reconocimiento conjuntamente o cuando es uno sólo el que lo verifica"

⁴⁶⁵ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 472, se refiere sólo a la aprobación judicial como requisito alternativo: "quiere decirse que, cumpliéndolo, queda determinada la filiación, aunque el representante legal del reconocido se haya negado a prestar su consentimiento, o si el hijo menor carece de representante legal. Este carácter alternativo aparece terminantemente proclamado por la Circular de 2 junio 1981"

⁴⁶⁶ Como advierte DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 147, "la construcción semántica del artículo señala de forma clara su carácter alternativo, pues de lo contrario hubiera utilizado para unirlos una conjunción copulativa, y no disyuntiva como hace". Hacemos notar que el legislador hace uso de esta conjunción disyuntiva tanto en el primer párrafo del art. 124 como en el segundo, cuando excluye la necesidad de estos requisitos para la eficacia del reconocimiento. Incide también en el carácter alternativo de estos requisitos BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC...", ob. cit., pág. 253, al afirmar que "superadas las vacilaciones que siempre acompañan a una reforma legislativa, hoy sabemos que los términos complementarios a que se refiere el artículo 124-I son, o el consentimiento del representante legal sin más, o la aprobación judicial con las dos audiencias deferidas"

elegir libremente entre el consentimiento del representante legal y la aprobación judicial; y la segunda, si una vez elegida una de las opciones se puede acudir a la otra en el caso de no obtenerse la correspondiente autorización al reconocimiento.

Las opiniones doctrinales son muy dispares a este respecto, y conviene tenerlas en cuenta por las múltiples variantes que se ofrecen combinando las respuestas a las dos cuestiones planteadas⁴⁶⁷. Se podría hablar, así, de cuatro tesis diferentes.

Tenemos una primera tesis que se podría resumir en estas dos afirmaciones: el reconocedor tiene entera libertad, al menos teórica, para solicitar o el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial; y denegado cualquiera de ellos se puede acudir al otro⁴⁶⁸.

Una segunda tesis sería considerar potestativo del reconocedor solicitar el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, con la posibilidad de acudir

⁴⁶⁷ SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, ob. cit., págs. 254-255, hace un resumen del panorama doctrinal en esta materia, distinguiendo dos grandes tendencias. Por una parte, "un sector doctrinal considera que en esta norma se regulan dos soluciones con carácter alternativo para reconocer al hijo menor o incapaz. De tal manera, el que pretende reconocer a un hijo menor o incapaz puede indistintamente optar entre solicitar el consentimiento expreso del representante legal del menor o, por el contrario, acudir a la autoridad judicial para que apruebe dicho reconocimiento con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. Los defensores de esta tesis admiten, sin mayores problemas, la posibilidad de que en los casos en que se haya elegido pedir el consentimiento del representante legal y éste se haya negado, se pueda acudir a la autoridad judicial. Sin embargo, mayores dudas plantea la admisión del supuesto inverso, esto es, cuando, solicitada a la autoridad judicial la aprobación del reconocimiento, ésta lo deniega y posteriormente se intente lograr el consentimiento del representante legal". Por otra parte, "otro sector doctrinal opina que en el Código se establecen dos supuestos diferentes y que tienen carácter subsidiario. En primer lugar, se contempla el caso de que un menor o incapaz tenga representante legal, bien se trate del titular de la patria potestad, bien sea el tutor. En estos supuestos deberá el representante legal prestar su consentimiento expreso para que el reconocimiento tenga eficacia.- Ahora bien, cuando el menor o incapaz carece de representante legal, porque no exista progenitor que sea titular de la patria potestad y tampoco exista tutor que lo represente, entonces entra en juego el otro supuesto, esto es, la eficacia de tal reconocimiento exigirá la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido".

⁴⁶⁸ Así, según PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 924, "la Ley exige uno u otro requisito -el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial- sin marcar preferencia por uno u otro", aunque "la práctica convertirá la aprobación judicial en remedio habitualmente subsidiario", y sin que la negativa expresa de la aprobación judicial impida que "después, en atención a las cambiantes circunstancias, el representante legal preste el necesario consentimiento"

al juez en caso de que el representante legal no preste su consentimiento, pero no en el caso contrario; es decir, no se admitiría el consentimiento del representante legal si se ha denegado la aprobación judicial⁴⁶⁹

La tercera tesis vendría a mantener, como las dos anteriores, el carácter potestativo de los requisitos del artículo 124, párrafo primero, C.c., pero no admitiría como subsidiarios ni el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial; es decir, elegida una de las dos vías, no se podría acudir a la otra⁴⁷⁰.

La última tesis entendería que sólo se puede acudir a la aprobación judicial en caso de que no haya representación legal del menor o incapaz o se haya denegado el consentimiento, es decir, cumpliría una función meramente subsidiaria o residual⁴⁷¹; y que puede ser consentido

⁴⁶⁹ Podríamos incluir dentro de esta corriente a SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., págs. 655-656: "parece, por tanto, que puede el reconocedor elegir entre el representante legal o el juez; sin perjuicio -acaso- de que, si aquél lo niega, pueda impetrarse de éste; no, en cambio, seguramente, a la inversa, por el propio *imperium* de la decisión judicial" Quizá también a RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., págs. 116-117, para quien "en la expresión legal aparecen como alternativos (en cuanto separados por la conjunción <<o>>) el consentimiento del representante legal y la aprobación judicial, de manera que pudiera optar el reconocedor por uno u otro (...). Sin embargo, la propia expresión, al exigir consentimiento o aprobación judicial, sin más concreción y con la sola voluntad clara de que concorra uno de los dos, no impide que denegado el primero por el representante legal (quizá gratuita o irrazonablemente) pueda recurrirse luego a la aprobación judicial".

⁴⁷⁰ Son exponentes de esta opinión DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 262, ya que si bien afirman, por una parte, que "la interpretación literal del artículo 124 conduce a estimar que es potestativo del reconocedor acudir a uno u otro procedimiento", por otra entienden que "parece que el reconocedor debe elegir entre una vía u otra, pero no disponer de ambas como una especie de recurso ante el fallo de la elegida". No obstante, entienden estos autores que hubiese sido más lógico "estructurar la aprobación judicial como subsidiaria para la hipótesis de que el menor o incapacitado no tuviese todavía representante legal".

⁴⁷¹ Una posición extrema es la de GARNICA MARTÍN, "El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial", en *Revista General del Derecho*, 1988, págs. 3.393 y ss., que pretende reducir, con su interpretación del artículo 124 C.c., la aprobación judicial al mínimo número de supuestos. Considera GARNICA, ob. cit., pág. 3.396, que la aprobación judicial "es una garantía del interés del menor o incapaz, una cautela que adopta la Ley para salvaguardar sus derechos valorando la conveniencia del acto para el mismo", y que "para que esta idea de tutela alcance su verdadero significado, ha de ser puesta en relación con la de peligro que amenace los intereses del menor o incapaz, pero no meramente con una noción de un riesgo abstracto (...) sino con la de un riesgo más concreto y perceptible, que proviene de una situación de conflicto de intereses en que se encuentra envuelto el menor o incapaz". En consecuencia, a juicio del autor "la aprobación judicial como requisito para la eficacia del reconocimiento de carácter subsidiario del consentimiento del representante legal, sólo debe exigirse en aquellos supuestos en los que el menor se encuentre ante una situación de conflicto (entre los progenitores o, incluso, en relación con las personas que no siéndolo se encarguen de su cuidado)".

el reconocimiento por el representante legal aunque el juez no lo haya aprobado⁴⁷².

2. Alternatividad o subsidiariedad de la aprobación judicial.

Centrándonos en la cuestión de si es potestativo del reconocedor acudir al consentimiento del representante legal o a la aprobación judicial, hay que señalar que considerar la aprobación judicial como remedio exclusivamente subsidiario es la tesis doctrinal más extendida⁴⁷³, a pesar de que no se corresponde con el tenor literal del primer párrafo del artículo 124 C.c., que parece no dar preferencia a ninguno de los dos requisitos alternativos

⁴⁷² El autor más representativo de esta tesis es DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ob. cit., pág. 473. A juicio de este autor, "si el hijo mayor de edad y capaz debe consentir el reconocimiento, cuando no lo sea, el reconocimiento debe ser consentido por quien le represente legalmente, aunque si el representante legal, una vez requerido, se niega a consentir o se mantiene en una actitud pasiva, puede acudirse a la aprobación judicial, que vendría a ser un requisito alternativo, pero subsidiario, al que se podría acudir en esa hipótesis y también acreditando que el hijo menor o incapaz carece de representación legal". Por otra parte, considera también DE LA CÁMARA, ob. cit., pág. 470, que "incluso si la aprobación judicial deniega, parece posible que el reconocimiento llegue a ser plenamente eficaz, si el representante legal, que en un principio se negó a dar su consentimiento, cambia posteriormente de criterio, y ello aunque, en el momento, el reconocedor haya solicitado, sin obtenerla, la aprobación del Juez". Mantienen las mismas conclusiones SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 257, y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 83-84 y 103. La primera defiende la subsidiariedad de la aprobación judicial y considera acertada la tesis que mantiene el carácter subsidiario de los dos requisitos del primer párrafo del art. 124 del Código Civil "entendemos que la autora se refiere, con terminología inadecuada, tanto a la posibilidad de acudir a la aprobación judicial si el representante legal no presta su consentimiento como al supuesto contrario; mientras que el segundo, argumentando igualmente aquella subsidiariedad, considera que si el Juez no aprueba el reconocimiento, éste puede llegar a ser eficaz "cuando el representante legal del reconocido, cambiando posteriormente de parecer, lo consienta".

⁴⁷³ Además de los autores que mencionaremos más adelante, parece que también se pronuncian a favor de la subsidiariedad de la aprobación judicial HERRERA CAMPOS, "La filiación no matrimonial tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981", en *Revista de Derecho Privado*, 1983, pág. 17, y LUCES GIL, "Exposición sintética del nuevo régimen de la filiación", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1982, 1.259, pág. 7. Abogan claramente por esta tesis GARCÍA ZARANDIETA, "La filiación y el Registro Civil", ob. cit., pág. 14, quien explica que "este requisito alternativo supone que si el hijo está sometido a la patria potestad del otro progenitor o si está constituida la tutela, puede acudirse a pedir el consentimiento al correspondiente representante legal y que sólo en caso contrario, o cuando no presten su conformidad, será necesario recurrir a la aprobación judicial", y RUIZ GUTIÉRREZ, *Temas de Registro Civil*, Granada, 1986, pág. 1, para quien la aprobación judicial sólo cabe en defecto de representante legal, que será ordinariamente el progenitor inscrito. Por último, a juicio de GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 445, a falta de indicación expresa del legislador, "quizás fuera preferible interpretar el precepto, pese a su tenor general, en el sentido de estimar la aprobación judicial subsidiaria del consentimiento cuando no pueda obtenerse éste o se niegue injustificadamente".

que menciona⁴⁷⁴. Quizás por ello, los autores que defienden esta subsidiariedad se esfuerzan por dar argumentos que desmientan esta primera impresión que se deduce de la redacción del precepto. Así, se ha mantenido que la subsidiariedad de la aprobación judicial es la solución más acorde con el espíritu de la reforma del régimen de filiación⁴⁷⁵, con los principios que la informan⁴⁷⁶, y con el hecho de que, normalmente, el otro progenitor será el representante legal del menor o incapaz, y habrá que tenerle en cuenta al afectar el reconocimiento a su esfera personal⁴⁷⁷. Igualmente, se ha defendido acudir en primer lugar al representante legal por razones prácticas, al ser el camino más sencillo⁴⁷⁸, y por antecedentes de Derecho comparado⁴⁷⁹. Por último, dos argumentos recurrentes son: primero, que si se pudiera acudir

⁴⁷⁴ Como reconoce el propio DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 473, la tesis favorable a acudir directamente a la aprobación judicial en cualquier caso tiene a su favor el texto del propio artículo 124 (no se ha intercalado la expresión <<en su defecto>>) y los antecedentes históricos (antes de la reforma sólo se preveía la aprobación judicial si el reconocido era menor de edad o incapaz).

⁴⁷⁵ SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 257. Según esta autora, "existiendo el representante legal del menor o incapaz, parece lógico que sea éste a quien corresponda, en principio, dar su consentimiento para que el reconocimiento sea eficaz"

⁴⁷⁶ Considera DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 147, que "el artículo 124 del Código civil pretende conciliar dos postulados elementales en lo relativo a la filiación: la verdad biológica voluntariamente desvelada, y el interés del menor o incapaz; la primera se articula en el reconocimiento, mientras la segunda mediante los requisitos complementarios, cuyo fin es garantizar la conveniencia de aquél para el reconocido. Por tanto compete a quien ostente su representación formarse dicho juicio, y sólo en su defecto podrá el juez subsidiariamente, y en los casos previstos en la ley, suplir o revocar esta función". Desde otro punto de vista, POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 83-84, entiende que la subsidiariedad de la aprobación judicial respeta en mayor medida la verdad biológica y el interés del hijo, debido a que "en la mayoría de los casos el representante legal será el otro progenitor, el cual conocerá mejor que nadie si el reconocimiento es verdadero o falso", y a que "el representante legal, debido a su relación directa con el menor o incapaz, tendrá mayores elementos de juicio para valorar la conveniencia del reconocimiento"

⁴⁷⁷ SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 257.

⁴⁷⁸ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 83.

⁴⁷⁹ SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 257, cree que "en este tema la nueva ley está inspirada en el modelo italiano, que con carácter general establece que el reconocimiento de un hijo menor de dieciséis años no puede realizarse sin el consentimiento del otro progenitor que haya efectuado el reconocimiento (...), para los casos en que hubiera oposición, se prevé que el progenitor que quiera efectuar el reconocimiento podrá interponer recurso, oído el menor en juicio contradictorio y con intervención del Ministerio Público".

directamente al juez, se obstaculizaría en algunos casos la intervención del representante legal en la determinación de la filiación del menor o incapaz⁴⁸⁰; y segundo, que si, cuando el hijo es mayor de edad, a él le corresponde consentir el reconocimiento, cuando sea menor de edad le corresponderá tal función a quien le represente legalmente⁴⁸¹.

La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, también se refiere a los requisitos previstos por el párrafo primero del artículo 124 C.c., declarando que <<si el hijo es menor de edad o incapaz, se requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, a salvo lo dispuesto para el testamento en el segundo párrafo de este mismo artículo 124. Ese requisito alternativo supone que si el hijo está bajo la patria potestad de uno de los progenitores o si está constituida la tutela, puede acudirse a pedir el consentimiento al correspondiente representante legal, como camino posiblemente más sencillo; pero si no está bajo patria potestad ni está constituida la tutela, será en la práctica más conveniente recurrir

⁴⁸⁰ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 473, considera excesivo admitir que pueda determinarse la filiación sin contar con el parecer del representante legal, o que puede ocurrir si éste no es el otro progenitor, ya que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 124, no se exige su audiencia para la aprobación judicial. DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 148, entiende que "si se acudiera en primer término a la decisión del juez, se obstaculizaría de modo absurdo el derecho a intervenir en el proceso del representante legal del menor -quien ipso iure ostenta el valimiento de sus intereses- por el estricto contenido del artículo 124.I del Código civil, lo cual supone un auténtico fraude de ley en perjuicio del reconocimiento, máxime porque según ciertos autores, el imperium de la resolución judicial impide su futura modificación". Lo considera igualmente un obstáculo absurdo POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 83.

⁴⁸¹ Así lo entienden DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 473, y DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 148. Este último autor escribe que "relacionando los artículos 123 y 124 del Código civil, se manifiesta más claramente cómo la voluntad del hijo respecto a su propio reconocimiento puede ser autónoma, pero cuando no posea frente al Derecho las cualidades precisas para expresarla, se presta de forma vicaria por el representante legal, y sólo a la postre por el juez, si encuentra notoria disparidad de interés entre ambos".

a la vía de la aprobación judicial>>⁴⁸². De lo anterior no creemos que pueda deducirse ni la exclusiva función subsidiaria de la aprobación judicial ni el carácter potestativo de los requisitos de eficacia del artículo 124 C.c., pues la Circular en este tema parece que sólo aporta consejos o apreciaciones de lo que en la práctica será más conveniente. Sólo deja sentado que el consentimiento del representante legal y la aprobación judicial es un <<requisito alternativo>> para la eficacia del reconocimiento del hijo menor o incapaz.

Vistas la doctrina dominante y las distintas opiniones que se han vertido sobre el problema, podemos ya profundizar en su estudio. Una primera aproximación debe hacerse, desde luego, partiendo del tenor literal del artículo 124, párrafo primero, C.c. Según esta interpretación gramatical, el reconocimiento de un menor o incapaz debe contar o con el consentimiento de su representante legal o con la aprobación judicial. Así pues, del texto de la Ley no puede deducirse ni que se establece un orden jerárquico entre los dos requisitos ni que se excluye la posibilidad de acudir a cualquiera de ellos si no se consigue el primero elegido. En principio, pues, parece que la elección de una u otra vía es siempre potestativa y que se puede solicitar la aprobación judicial si el representante legal no presta su consentimiento o, viceversa, el consentimiento del representante legal si se deniega la aprobación judicial.

Sin embargo, no podemos conformarnos, al menos sin aportar otras razones, con esta interpretación gramatical que tiene en cuenta exclusivamente el uso de la disyuntiva <<o>>

⁴⁸² La Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de mayo de 1988 (B.I.M.J. 25 junio 1988, 1977), basándose en el tenor literal del párrafo primero del art. 124 y en esta Circular, declaró que "acudir al consentimiento del representante legal o a la aprobación judicial es un requisito alternativo de modo que el autor del reconocimiento puede elegir uno u otro camino. Ahora bien, no hay duda de que en la práctica y por razones fácilmente comprensibles sólo se acudirá al mecanismo de la aprobación judicial cuando, por cualesquiera motivos, no se haya podido obtener el consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz, entendida esta representación en el sentido amplio explicado en el apartado anterior"

por el legislador para referirse a los requisitos necesarios para dotar de eficacia al reconocimiento de un menor o incapaz. Entendemos que esta interpretación textual, que tiene en cuenta únicamente una parte del precepto contenido en el artículo 124 C.c. (<<la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial>>), hay que confrontarla con la que obtengamos al analizar todo el contenido del precepto. Tenemos, así, que en el artículo 124, párrafo primero, C.c. se contemplan dos hipótesis, o requisitos, claramente diferenciadas, referidas ambas a la eficacia del reconocimiento de un menor o incapaz: una es el consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz, y la otra la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

Si las ponemos en relación, lo primero que llama la atención es que no se menciona al representante legal entre las personas a las que debe dar audiencia el juez antes de conceder o denegar la aprobación del reconocimiento. Partiendo de que ambos requisitos no guardan ninguna relación jerárquica entre ellos, como parece desprenderse de la primera interpretación que hemos mencionado, ¿por qué otorgarle al representante legal la importante función de poder decidir sobre la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz sujeto a su representación si se acude a él para que preste su consentimiento, y no mencionarlo, ni siquiera para darle audiencia, si se acude a la aprobación judicial? La introducción, con la reforma del Código civil de 1981, del consentimiento del representante legal junto a la aprobación judicial implica un cambio de criterio respecto a la anterior regulación, que sólo preveía, como requisito de eficacia del reconocimiento de menor o incapaz, la aprobación judicial. Se le sitúa, al menos, al mismo nivel de importancia que la aprobación judicial, por lo que no parece tener sentido que se "olvide" su mención si se acude a la aprobación judicial. Teniendo en cuenta esta importante función que se le atribuye al representante legal,

efectivamente se puede mantener que se le está obstaculizando la intervención en la determinación legal de la filiación del menor por reconocimiento si el reconocedor es libre de acudir en primer lugar a la aprobación judicial.

Un razonamiento que podría hacerse sería el siguiente: si partimos de la base de que el legislador considera potestativo acudir a un mecanismo para dar eficacia al reconocimiento o a otro, habrá que concluir que ha debido pensar en la posibilidad de que, aun existiendo representante legal y sin que éste se haya pronunciado sobre el reconocimiento, el reconocedor acuda en primer lugar al juez para que conceda su aprobación. Si el razonamiento es correcto, ¿por qué en este caso el legislador no tiene en cuenta la opinión del representante legal y, sin embargo, le otorga una función tan importante, como es darle eficacia al reconocimiento, si se requiere primero su consentimiento?

Una respuesta podría ser que el legislador en realidad sólo pensó en la posibilidad de acudir a la vía de la aprobación judicial cuando no existiese tal representante legal o cuando éste se hubiese negado a dar su consentimiento, y como ya se ha negado se deja todo en manos del juez, que ya conoce la posición del representante al respecto. Pero esta interpretación de la exclusión del representante legal en el trámite de la aprobación judicial no nos convence, pues aunque se mantenga que ésta actúa sólo subsidiariamente, algo tendrá que decir el representante que no ha consentido el reconocimiento sobre la conveniencia del mismo para su representado. Además, tratar de deducir el carácter preferente del consentimiento del representante legal de la ausencia de éste entre los que deben ser oídos por el juez, no ofrece muchas garantías debido a la falta de rigor del legislador al exigir las audiencias pertinentes, pues tampoco menciona la del reconocedor ni la del menor o incapaz.

Pudiera ser, en definitiva, que la premisa de este razonamiento, la importancia dada al representante legal, falle; que nos hayamos equivocado al asignar un papel preponderante al

consentimiento del representante legal por el mero hecho de recogerlo el artículo 124 C.c. como requisito de eficacia junto a la aprobación judicial. Quizás la intención del legislador, que no considera relevante exigir su audiencia si se acude a la aprobación judicial, fuese otra, como veremos en las conclusiones de este epígrafe. Quizás no se puede hablar de un derecho del representante legal a intervenir en todo caso en la determinación legal de la filiación del menor o incapacitado representado.

Por otra parte, surge un problema en el que no ha reparado la doctrina. Si se considera necesario acudir en primer lugar al representante legal, el juez, recibida la solicitud de conceder la aprobación del reconocimiento, debería verificar que, efectivamente, se ha cumplido este requisito previo para solicitar la aprobación. ¿Se le puede exigir al reconocedor que pruebe que se ha dirigido previamente al representante legal del menor o incapaz? La subsidiariedad de la aprobación judicial implica imponer una carga al reconocedor que no es muy seguro pueda fundamentarse en la Ley, pues esa carga de prueba adicional se obtiene mediante una interpretación extensiva, que se aparta de la literal del precepto.

Desde otro punto de vista contempla el problema señalado la resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1993⁴⁸³, que pretende señalar "cuál es la actitud que debe adoptar el Encargado del Registro Civil competente cuando se le presenta un reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial, otorgado en la forma solemne exigida (art. 120.1º. CC), cuando en la correspondiente inscripción de nacimiento conste que el reconocido, menor de edad, tiene ya representación legal constituida". En relación a la subordinación de la eficacia del reconocimiento a alguno de los requisitos complementarios que señala el artículo 124, párrafo primero, C.c., afirma que "el Juez encargado debe señalar

⁴⁸³ RJA 1993, 10016.

al autor del reconocimiento la necesidad de que acuda a una de estas vías, pero no hay ningún precepto que le obligue a notificar el reconocimiento a la madre para que ésta manifieste o no su consentimiento". Así pues, parece que para la citada resolución el reconocedor puede elegir libremente puede elegir entre una vía u otra, pues no hay obligación de acudir en primer lugar al consentimiento del representante legal.

Después de exponer los razonamientos contradictorios a que nos conduce el examen en profundidad del primer párrafo del artículo 124 C.c., llegamos a la conclusión de que el reconocedor no está obligado a dirigirse en primer lugar al representante legal del menor para pedirle su consentimiento. El legislador, si ésta hubiese sido su intención, tendría que haberlo establecido expresamente, como lo hace el legislador italiano, que sólo prevé la intervención judicial si el progenitor cuya filiación ya está determinada no presta su consentimiento al reconocimiento del otro progenitor⁴⁸⁴. Y no lo hizo porque realmente no era ésa su intención, ya que, a nuestro entender, lo perseguido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, al mencionar el consentimiento del representante legal, fue facilitar la eficacia del reconocimiento si la persona que tiene a su cuidado al menor o incapacitado y defiende sus intereses está de acuerdo en que quede determinada la filiación, sin necesidad de acudir en todo caso a la aprobación judicial como ocurría con anterioridad a la reforma. Pero no se trataba de otorgar preferencia a ese consentimiento, sino de establecer un remedio alternativo, más sencillo y

⁴⁸⁴ Art. 250 del Codice civile, párrafos tercero y cuarto: <<Il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i sedici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

Il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio. Se vi è opposizione, su ricorso del genitore che vuole effettuare il riconoscimento, sentito il minore in contraddittorio con il genitore che si oppone e con l'intervento del pubblico ministero, decide il tribunale con sentenza che, in caso di accoglimento della domanda, tiene luogo del consenso mancante>>. El carácter subsidiario de la decisión judicial es aquí evidente, pues incluso se establece que hace las veces del consentimiento denegado, que es el requisito que se exige.

rápido para las personas afectadas por la relación de filiación, a la aprobación judicial.

El juez puede defender los intereses del menor o incapaz como su representante legal, más objetivamente incluso, y esta protección de quien no puede actuar por sí mismo es lo que se pretende al someter el reconocimiento a algún requisito complementario de eficacia. Si esta finalidad se cumple en los dos casos, no vemos ninguna razón que justifique un posible derecho del representante legal a decidir antes que nadie si la filiación reconocida queda o no determinada legalmente. Derecho que no tendría posibilidad de actuarse en la práctica, pues el juez al que se pide su aprobación de un reconocimiento no puede exigir a su autor que pruebe haber intentado previamente la vía del consentimiento del representante legal.

Así pues, como se deduce de la letra de la Ley, el consentimiento del representante legal y la aprobación judicial son dos compartimentos estancos, relacionados de forma alternativa, que sólo tienen en común la finalidad protectora de los intereses del menor o incapaz reconocido.

3. Subsidiariedad del consentimiento del representante legal y de la aprobación judicial.

Una segunda cuestión, a nuestro entender, problemática es la de la subsidiariedad de ambos requisitos, es decir, si cabe que, negado el consentimiento por el representante legal, el reconocedor pueda acudir a la aprobación judicial, y que, no concedida la aprobación, pueda llegar a ser eficaz el reconocimiento gracias al consentimiento del representante legal. Que el reconocedor puede solicitar la aprobación judicial si el representante legal no presta su consentimiento nos parece evidente: el artículo 124, párrafo primero, C.c. no excluye esta función subsidiaria, sólo establece que debe concurrir el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial. Si el reconocedor no consigue, habiéndose dirigido en primer lugar al representante legal del menor o incapaz, el consentimiento exigido, no hay por qué limitarle el acceso a la aprobación judicial para que su reconocimiento pueda ser eficaz, para que la

filiación del menor o incapaz quede determinada legalmente, pues ya se le limita bastante el recurso a la vía judicial por el artículo 133 C.c., que no le concede legitimación para reclamar la filiación si falta posesión de estado.

La situación inversa, es decir, acudir al consentimiento del representante legal si el juez no concede la aprobación, parece que también es posible⁴⁸⁵, pues el reconocimiento sigue siendo válido e irrevocable y el consentimiento para darle eficacia puede recaer en cualquier momento. Si aparecen nuevas circunstancias o el representante comprende que es lo mejor para el menor o incapaz, ¿por qué negar la posibilidad de que quede determinada legalmente la filiación del reconocido? Es probable que no se pueda intentar una segunda vez la aprobación judicial⁴⁸⁶, porque un juez se ha pronunciado ya sobre el asunto, pero esto no reza para los particulares, que, mientras defiendan el interés del hijo, pueden cambiar de opinión libremente.

Es verdad que cabe la posibilidad de que quede determinada la filiación sin necesidad de acudir al representante legal, pues el menor crecerá y alcanzará la emancipación, pudiendo ser él quien acepte el reconocimiento (art. 123 C.c.). Pero en otros casos no es posible este remedio, ya que el incapacitado puede seguir siéndolo toda su vida, con lo que se le limitaría su derecho a que quede determinada su filiación, igual que se le limitaría al menor que no

⁴⁸⁵ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 444, señala que la conclusión a la que llega SANCHO REBULLIDA -"parece que puede el reconocedor elegir entre el representante legal o el juez; sin perjuicio de que, si aquél lo niega, pueda impetrarse de éste; no, seguramente, a la inversa, por el propio imperium de la decisión judicial"- no es muy convincente, "pues si la Ley establece dos centros de decisión de igual valor habrá que admitirse una de estas dos posibilidades: que denegado el consentimiento por el representante legal no pueda acudirse a la aprobación judicial y a la inversa, o que, fracasado cualquiera de los dos caminos pueda acudirse al otro. La Ley no da ninguna orientación al respecto y cualquiera de estas dos soluciones tiene serias dificultades prácticas de aplicación".

⁴⁸⁶ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 149, considera, en general, que la resolución de jurisdicción voluntaria es denegatoria no cabe reproducir la solicitud tantas veces como lo desee el interesado, ya que "la resolución voluntaria es vinculatoria, en todo caso, para el solicitante y la nueva solicitud que se promoviere con el mismo objeto que la ya resuelta y desestimada, deberá serlo también, por zonas de seriedad en la actuación judicial y de seguridad jurídica". No obstante, y en la medida en que la aprobación judicial debe buscar ante todo el interés del hijo, puede mantenerse que si posteriormente cambian las circunstancias podrá ese reconocimiento ser aprobado por resultar beneficioso para el menor o incapaz.

alcance la emancipación, por muerte o incapacitación. Imaginemos también otra posibilidad, y es que cambie el representante legal: hay que tener en cuenta que los criterios que se siguen para consentir o no un reconocimiento son subjetivos, no están especificados por la Ley. Bien es cierto que el juez debe obrar con objetividad, y que su decisión será menos "sospechosa" que la del representante legal, pero ¿es ésta una razón de peso para impedir posteriormente que recaiga el consentimiento del representante legal? Hay que recalcar que el precepto admite que sea el representante legal, solo, el que decida sobre la eficacia del reconocimiento si se opta por su consentimiento, es decir, sin contar para nada con el visto bueno de un juez.

3. Consentimiento del representante legal⁴⁸⁷.

1. Quién es el representante legal.

Diferenciaremos en distintos epígrafes los supuestos en que el representante legal es el progenitor o el tutor (a los que llamamos de representación legal constituida), de aquéllos otros en que la representación legal no está constituida según las reglas ordinarias, porque las reglas sobre representación legal de los menores no acaban en la patria potestad y en la tutela, sino que en la actualidad esa representación legal se asocia a otras figuras o instituciones, como veremos. Y es bastante frecuente que en el momento de determinar la filiación, en virtud de un reconocimiento, de un menor, éste no esté sometido ni a patria potestad ni a tutela, instituciones usuales de guarda que incluyen la representación legal de los que tienen limitada su capacidad de obrar.

Nos podemos encontrar con casos en que, efectuado un reconocimiento paterno, la filiación materna ya está determinada, por tanto en estos supuestos la madre será,

⁴⁸⁷ Tres órdenes de cuestiones son las que cabe abordar en relación a este consentimiento: los problemas que pueden plantearse en torno a la persona del representante legal, todo lo relativo a la forma que debe revestir este consentimiento y otros caracteres del mismo, y por último, los criterios a tener en cuenta por el representante legal para consentir o no el reconocimiento.

normalmente, representante legal del hijo; pero en los casos en que la filiación del hijo no está determinada, en muchas ocasiones no hay ninguna representación legal constituida, ni patria potestad ni tutela, y se hace entonces necesario saber si sólo cabe la aprobación judicial para que la filiación quede determinada o, por el contrario, se puede entender que el hijo sí está representado legalmente (ya veremos por quién) y, por consiguiente, cabe que el reconocimiento sea eficaz por consentimiento del representante legal.

1.1. Supuestos de representación legal constituida.

Como ha señalado algún autor⁴⁸⁸, el Código no determina, al regular la filiación, quién ha de considerarse representante legal a los efectos de consentir el reconocimiento de un menor o incapaz, por lo que habrá que acudir a las reglas generales sobre representación legal para completar el precepto contenido en el párrafo primero del artículo 124 C.c. Según esas reglas, son representantes legales los que ejerzan la patria potestad o, en su defecto, los que ejerzan la tutela. Así se establece, por una parte, que son representantes legales del menor no emancipado <<los padres que ostenten la patria potestad>> (art. 162 C.c.)⁴⁸⁹, ya sea por filiación natural⁴⁹⁰ o adoptiva⁴⁹¹; y por otra, que <<el tutor es el representante del menor o

⁴⁸⁸ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 924-925.

⁴⁸⁹ La doctrina ha señalado que con esta frase el art. 162 se está refiriendo al padre o padres que ejercen la patria potestad conforme a lo dispuesto en el art. 156 C.c. Así, por ejemplo, PRADA GONZÁLEZ, "La patria potestad tras la reforma del Código civil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, pág. 90, y MONTÉS, "De la representación legal", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, d. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.082. Este último aclara que "por ello podemos pensar que con esta frase se está refiriendo no forzosamente a ambos padres, mientras no hayan sido privados de la patria potestad, sino a los que la ejerzan en virtud de lo dispuesto en el art. 156".

⁴⁹⁰ Aunque el Código habla imprecisamente de los <<padres>>, habrá que entender que se refiere a los padres cuya filiación ya ha sido determinada, por lo menos como regla general, pues ya veremos lo que ocurre cuando la filiación se acredita por posesión de estado. El Fuero Nuevo de Navarra, a este respecto, es más reciso, pues en la ley 72, reformada en 1987, se establece que <<La paternidad y la maternidad debidamente determinadas, atribuyen a los progenitores la patria potestad...>>. Como ha recalcado BERCOVITZ, R., "La patria potestad y la filiación...", ob. cit., pág. 90, "la patria potestad se atribuye ahora conjuntamente a ambos padres, al padre y a la madre, previa determinación legal de la relación de filiación -tal y como puntualiza con toda corrección la Ley 72, párrafo 1º".

incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación>> (art. 267 C.c.).

Sobre estas reglas cabe hacer algunas observaciones. En cuanto a la patria potestad, lo normal será que ésta, y con ello la representación legal del hijo, sea ejercida por el progenitor que ya tiene determinada legalmente la filiación⁴⁹², por lo que cualquier ejercicio de dicha patria potestad que no esté basado en la previa determinación de la filiación será un supuesto excepcional que, como después veremos, plantea problemas de admisión.

Por lo que respecta a la tutela, la primera cuestión a señalar, al hilo de la regulación contenida en el artículo 267 C.c., es que, como se desprende de la última parte de este precepto, en el caso de los reconocidos incapacitados habrá de tenerse en cuenta la sentencia de incapacitación, pues cabe que el consentimiento al reconocimiento pueda prestarlo el propio hijo (art. 123 C.c.), y no el tutor que le representa. Si nada se establece en dicha sentencia sobre la posibilidad de consentir un reconocimiento de paternidad o maternidad, habrá que estar a lo establecido en general para los actos de naturaleza personal o familiar del incapacitado, teniendo presente que se trata de una decisión muy personal que sólo puede tomar alguien distinto del hijo si éste no tiene el suficiente juicio para ello y necesita, como medida de protección, que su representante legal le sustituya.

También hay que tener en cuenta que la tutela puede ser ejercida por una entidad pública cuando el menor se encuentre en situación de desamparo, como establece el artículo

⁴⁹¹ Según el art. 180.4 C.c., <<la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afectará a la adopción>>. Por lo tanto, es admisible que el padre biológico de un menor adoptado e reconozca, necesitándose para que quede determinada la filiación natural el consentimiento de los padres adoptantes si ejercen la patria potestad.

⁴⁹² BERCOVITZ, R., "De las relaciones paterno-filiales. Disposiciones generales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.045, escribe sobre la patria potestad que "la atribución conjunta a ambos progenitores de la patria potestad requiere que previamente haya quedado determinada legalmente la filiación", siendo la regla que la determinación legal de la filiación implica la atribución de la patria potestad.

172.1 C.c. Éste, precisamente, es el supuesto planteado en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1990⁴⁹³ y 23 de septiembre de 1993⁴⁹⁴. Esta última resolución declaró no inscribible un reconocimiento otorgado por la madre que anteriormente había ocultado el parto (cfr. art. 167, párrafo 2º, R.R.c.), ya que, si bien cabe el reconocimiento de maternidad, no es inscribible por faltar tanto la aprobación judicial como el consentimiento del representante legal, ya que se habían opuesto a él el Ministerio Fiscal y la entidad pública que, por desamparo, había asumido la tutela automática del menor conforme al artículo 172 C.c.

1.2. Supuestos de representación legal no constituida.

Estudiamos en este epígrafe, que será bastante extenso, aquellos supuestos en los que la filiación del menor no está determinada, ni *a patre* ni *a matre*, por lo tanto no se puede hablar como norma general de patria potestad, que presupone esa determinación, y tampoco está constituida una tutela. En estas situaciones parece, en principio, que sólo le queda al reconocedor la opción de la aprobación judicial para que alcance eficacia su reconocimiento⁴⁹⁵. Sin embargo, en la práctica se han pretendido agotar las posibilidades de interpretación del término <<representante legal>> para incluir en él al Ministerio Fiscal y a los progenitores que, por posesión de estado, acrediten su filiación. Buen ejemplo de esta tendencia, que nos

⁴⁹³ RJA 1990, 9314. La cita POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 74, nota 116, cuando mantiene que "si se trata de menores desamparados, el consentimiento lo debe prestar la entidad pública que, en el respectivo territorio, le esté encomendada la protección de menores, ya que a ella le corresponde la tutela de dichos menores (arts. 172.1 y 239 CC), y, consiguientemente, su representación legal (art. 267 CC)", que "no debe en tal caso consentir el reconocimiento el Ministerio Fiscal, ya que a éste sólo le corresponde la superior vigilancia de tal tutela".

⁴⁹⁴ RJA 1993, 7074.

⁴⁹⁵ Es lo que viene a decir la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, cuando señala que <<ese requisito alternativo supone que *si el hijo está bajo la patria potestad de uno de los progenitores o si está constituida la tutela*, puede acudir a pedir el consentimiento al correspondiente representante legal, como camino posiblemente más sencillo; pero *si no está bajo patria potestad o no está constituida la tutela*, será en la práctica más conveniente recurrir a la vía de la aprobación judicial>> (la nuestra es nuestra).

sirve para resumirla antes de profundizar en los dos supuestos de representación legal mencionados, es la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de febrero de 1990⁴⁹⁶, que desarrolla en varios apartados su doctrina:

a) "el reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial del menor de edad no requiere siempre acudir al mecanismo complementario de la aprobación judicial, porque basta también, para la eficacia e inscripción del reconocimiento, que concurra el consentimiento expreso del representante legal (cfr. art. 124, I, C.C.);

b) "cuando, como será lo más frecuente, no exista representación legal constituida para el menor, no es, sin embargo, necesario constituirla previamente <<ad hoc>> y con un carácter meramente provisional. Ha de bastar que el Ministerio Fiscal preste su consentimiento expresamente, porque éste asume <<ex lege>> la representación de menores e incapaces, según el artículo 3-7 de su Estatuto Orgánico, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre";

c) "incluso, aunque el Ministerio Público no dé su consentimiento al reconocimiento, es todavía posible prescindir de la aprobación judicial cuando se trate de un reconocimiento bilateral y simultáneo otorgado por ambos progenitores, si existe posesión de estado de la filiación reconocida, porque el valor probatorio de esta posesión, conforme al artículo 113 del Código Civil, basta para dotar de eficacia, a través de su consentimiento expreso y recíproco, al reconocimiento de filiación otorgado por cada progenitor".

1.2.1. Ejercicio de la representación legal por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal tiene encomendada por Ley la representación legal de aquellos menores o incapacitados que, necesitándola, no la tengan constituida. Así lo establece el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, según el cual corresponde al fiscal <<asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de

⁴⁹⁶ RJA 1990, 2287.

quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos>>⁴⁹⁷. La amplitud con que se pronuncia el artículo 124, párrafo primero, C.c. al exigir para la eficacia del reconocimiento de menores o incapaces el consentimiento expreso de su representante legal, permite entender que ese consentimiento puede prestarlo el Ministerio Fiscal cuando, por ausencia de otra representación legal constituida, operen las reglas que otorgan automáticamente la representación legal del menor o incapaz a aquél.

La Dirección General de los Registros, apoyándose en el ya citado artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ha considerado en varias resoluciones que el Ministerio Fiscal es el representante legal del menor reconocido, por lo que puede prestar el consentimiento al reconocimiento que se trata de inscribir para que éste alcance eficacia⁴⁹⁸. Son claros exponentes de esta doctrina registral, que podemos entender consolidada⁴⁹⁹, las Resoluciones de 8 de marzo de 1982⁵⁰⁰, 11 de noviembre de 1987⁵⁰¹, 13 de abril y 19 de mayo de 1988⁵⁰², 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero de 1990⁵⁰³, 25 de marzo, 4 de junio y 31

⁴⁹⁷ También el art. 299 bis del Código civil establece que <<cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga solución judicial que ponga fin al procedimiento, sumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal>>.

⁴⁹⁸ Sobre esta doctrina registral, RUIZ GUTIÉRREZ, *Temas de Registro Civil*, ob. cit., pág. 106, ha dicho que "en algún caso, y en forma muy soterrada, se ha partido de que la aprobación judicial no es necesaria que basta el consentimiento del Fiscal como representante de los menores desconocidos [*sic*]"

⁴⁹⁹ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 73 y 74, considera que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros que "cuando no exista representación legal constituida para el menor que será lo más frecuente), no es necesario constituirla previamente, sino que bastará que el Ministerio Fiscal reste su consentimiento expresamente, porque éste asume *ex lege* la representación legal de menores e incapaces, según el art. 3.7 de su Estatuto Orgánico, aprobado por la Ley 30/1981, de 30 de diciembre"

⁵⁰⁰ RJA 1982, 1586.

⁵⁰¹ RJA 1987, 8734.

⁵⁰² RJA 1988, 3355, y B.I.M.J. 25 junio 1988, 1977, respectivamente. Conviene destacar que la última resolución citada se dictó con carácter general, para resolver una consulta formulada por una Juez Encargada de Registro Civil. Concretamente se dice, en su punto 2º, que "en orden a la interpretación del párrafo primero del artículo 124 del Código Civil, el reconocimiento voluntario y formal de la filiación de un menor o incapaz requiere para su eficacia, bien el consentimiento expreso del representante legal, bien la aprobación judicial en las condiciones que señala el precepto. Pues bien, sin perjuicio de que quepan otras soluciones, hay que entender

de agosto de 1992⁵⁰⁴ y 28 de octubre de 1993⁵⁰⁵.

El consentimiento expreso del representante legal, cuando quien puede prestarlo es el Ministerio Fiscal, parece que se limita a un informe favorable sobre la inscripción del reconocimiento, pues la Dirección General de los Registros ha considerado que concurría el requisito del consentimiento cuando el Ministerio Fiscal había informado favorablemente sobre las pretensiones de los promotores de la inscripción⁵⁰⁶, y que no concurría cuando el dictamen

de en todos los supuestos en que el menor o incapaz no esté sujeto a una representación legal previamente instituida (patria potestad o tutela) ha de bastar que el Ministerio Fiscal dé su consentimiento expreso al conocimiento para que éste sea eficaz e inscribible. Así resulta de la misión específica atribuida al Ministerio Público por el artículo 307 [sic] de su Estatuto Orgánico y ha sido confirmado por las Resoluciones de este Centro Directivo de 8 de marzo de 1982, 11 de noviembre de 1987 y 13 de abril de 1988"

⁵⁰³ RJA 1990, 2287. Los fundamentos de derecho, atinentes a la función del Ministerio Fiscal que citamos, de las resoluciones hasta ahora citadas, y de alguna más, han sido recogidos por POZO, *El conocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 74 a 78.

⁵⁰⁴ RJA 1992, 3468, 5820 y 7224, respectivamente. En la primera de estas resoluciones, fundamento de derecho 4º, se dice: "En cuanto a la filiación de las nacidas, su determinación legal como hijas no patrimoniales de su madre no ha alcanzado por el momento eficacia, ya que el reconocimiento voluntario formalizado en las actuaciones no ha obtenido, ni el consentimiento expreso del representante legal de las menores -el dictamen del Ministerio Fiscal es desfavorable-, ni la oportuna aprobación judicial" (la cursiva es nuestra). En el fundamento de derecho 3º de la segunda resolución citada que: "... al no estar todavía determinada eficazmente la filiación no matrimonial de ésta (cfr. arts. 113 y 124, I, CC), por faltar el consentimiento expreso del representante legal de la menor (aquí el Ministerio Fiscal: cfr. art. 3-7 de su Estatuto Orgánico...) o la aprobación judicial..." Y en el fundamento de derecho 4º de la última resolución se mantiene que "el conocimiento de la filiación no matrimonial, otorgada en el expediente [de inscripción de nacimiento fuera de plazo] por ambos progenitores, ha alcanzado plena eficacia desde el momento en que el Ministerio Fiscal, como representante legal del menor (cfr. art. 3-7 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre), ha prestado su consentimiento expreso a aquel reconocimiento (cfr. art. 124-I CC)".

⁵⁰⁵ RJA 1993, 8152. Se trataba de decidir en esta resolución si cabía inscribir los reconocimientos paterno y materno sobrevenidos en el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, para lo que era necesario que concurriese alguno de los requisitos del art. 124, párrafo 1º, C.c. por tratarse de un hijo menor de edad. Contesta afirmativamente la Dirección General en el fundamento de derecho tercero, basándose, en primer lugar, en que "el Ministerio Fiscal, en el momento procesal oportuno (cfr. art. 344 RRC) ha apoyado favorablemente, sin reserva alguna, la pretensión de los promotores, por lo que no puede tenerse en cuenta su cambio posterior de criterio durante la sustanciación del recurso, y el Ministerio Fiscal, en ausencia de representación legal constituida, es quien asume <<ex lege>> la defensa y representación en juicio y fuera de juicio de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos (cfr. art. 3.7 de su Estatuto Orgánico)". A pesar de que con este consentimiento ya estaría cumplido el art. 124, la resolución también se apoya en la doctrina registral que considera que no es necesario acudir a la aprobación judicial cuando los progenitores, constante posesión de estado, consienten mutuamente el reconocimiento.

⁵⁰⁶ Por ejemplo, en la Resolución de 11 de noviembre de 1987 (RJA 1987, 8734) se declara que también procede la inscripción del reconocimiento porque "el Ministerio Fiscal ha mostrado su conformidad con la inscripción del reconocimiento"

era desfavorable⁵⁰⁷.

Considerar que el Ministerio Fiscal, como representante legal de los menores o incapaces que no tengan otra representación constituida, puede consentir un reconocimiento de filiación, aparte de ser acorde con la Ley, plantea ventajas prácticas, pues no será necesario constituir una representación legal *ad hoc* ni recurrir a la aprobación judicial si el fiscal está de acuerdo con la inscripción de la filiación no matrimonial. Estas ventajas eran evidentes cuando la aprobación judicial no podía otorgarla el Encargado del Registro, sino que debía diligenciarse el reconocimiento y esperar a que el Juez correspondiente se pronunciase sobre dicha aprobación. Pero en la actualidad, los trámites se han simplificado notablemente al asumir los Encargados del Registro la función de aprobar ellos mismos los reconocimientos, en expediente de jurisdicción voluntaria, como Jueces de Primera Instancia que son (Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1989, apartado 2, letra c.).

Siendo esto así, puede dudarse hoy de la bondad de considerar equiparable el informe favorable del Ministerio Fiscal al consentimiento expreso del representante legal, en detrimento de la aprobación judicial. Se le ha dado a la expresión <<representación legal>> una interpretación muy extensa, aunque apoyada, bien es verdad, en la Ley; pero en materia de filiación, tan íntimamente personal, no sabemos hasta qué punto es justificable esta interpretación. Parece que representantes legales, a los efectos de consentir el reconocimiento, sólo deberían ser los padres o los tutores. Por otra parte, el Ministerio Fiscal sólo es un mero informante cuando se acude a la aprobación judicial, sin que su dictamen sea vinculante, por lo que parece más conveniente que en lugar de interpretar que sea él el que pueda por sí solo

⁵⁰⁷ Así se deduce de la Resolución de 25 de marzo de 1992 (RJA 1992, 3468).

decidir la eficacia de un reconocimiento, se acuda a la aprobación judicial cuando el menor o incapaz no tenga representante legal⁵⁰⁸.

1.2.2. Ejercicio de la representación legal por posesión de estado.

1.2.2.1. Planteamiento de la cuestión.

Un problema teórico, con repercusiones prácticas importantes en algunos supuestos pero sin solución legal clara, es si cabe que la representación legal del menor la ejerza su progenitor aparente por posesión de estado, es decir, sin estar determinada su filiación⁵⁰⁹, y, en el caso de que sea posible, si dicho representante legal está facultado para consentir, a tenor de lo establecido por el artículo 124 C.c., el reconocimiento del hijo menor de edad o incapaz.

Resulta obligado abordar detenidamente el asunto porque es bastante frecuente en la práctica, y ahí están todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros que lo prueban, que se pretenda inscribir un reconocimiento bilateral y simultáneo de hijo menor de edad sin más requisitos que el consentimiento, también bilateral y simultáneo, que presta cada progenitor al reconocimiento del otro. Aunque éste es el supuesto usual, pueden imaginarse otros en los que un progenitor *de hecho*, si podemos llamarlo así, se encuentre en la posición

⁵⁰⁸ Se recurrió a la aprobación judicial, en defecto de representación legal constituida, en la Resolución de 6 de febrero de 1993 (RJA 1993, 1325), dando al Ministerio Fiscal la audiencia preceptiva que establece el art. 124 C.c. Se dice en el fundamento de derecho 3º que "el reconocimiento formalizado aquí por ambos ogenitores simultáneamente -él casado y ella soltera- en favor de un menor de edad requiere que no esté reeditada una filiación contradictoria (cfr. art. 113,11 [sic], C.C) y que haya concurrido el consentimiento preso del representante legal del reconocido o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del ogenitor legalmente conocido (cfr. art. 124,1, C.C.). Estos requisitos se han dado en el caso presente porque, prescindiendo de la posible virtualidad del consentimiento dado por cada progenitor al reconocimiento de filiación otorgado por el otro cuando la filiación respectiva está probada por la posesión de estado, por aplicación de la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley del Registro Civil el Juez de Primera Instancia competente para practicar la inscripción de nacimiento está también facultado para decidir, como acto previo de jurisdicción voluntaria, la aprobación judicial en materia de filiación a que se refiere el artículo 124 del Código Civil. Así lo ha establecido con carácter general la Instrucción de 30 de noviembre de 1989, apartado 2, letra c)".

⁵⁰⁹ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925, estudiando algún supuesto concreto, se pregunta: "¿Quién es el representante legal del hijo que vive en la posesión de estado de una filiación que no está todavía determinada?" Y éste es el verdadero problema, que no esté determinada la filiación, porque, como señala POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 69, "desde el momento que se pretenda otorgar a la posesión de estado un valor que no sea el de la prueba de una filiación ya determinada, se estará entrando en un terreno muy conflictivo que planteará múltiples problemas".

de decidir, como representante legal del hijo, la eficacia de un reconocimiento, y el tratamiento que merezcan dependerá de cómo resolvamos el citado problema teórico al que aludíamos. A los meros efectos de enunciar todas las posibles variantes, éstas podrían ser:

1º Que la filiación esté determinada legalmente respecto de un progenitor, mientras que el otro la acredite por posesión de estado, efectuándose un reconocimiento por un tercero.

2º Que la filiación no esté determinada legalmente, pero uno de los progenitores la acredite por posesión de estado, otorgando un reconocimiento el otro progenitor.

3º Que la filiación no esté determinada legalmente, viviéndola el menor por posesión de estado respecto de uno de los progenitores, y se efectúe un reconocimiento de filiación por la persona que ocuparía el lugar del que ostenta la posesión de estado.

4º Que la filiación no esté determinada legalmente, pero los dos progenitores, o sólo uno de ellos, la acrediten por posesión de estado y otorguen un reconocimiento bilateral y simultáneo.

5º Que la filiación no esté determinada legalmente, reconociendo al menor el progenitor que por posesión de estado ejerza la representación legal del hijo.

La solución que deba darse a estas situaciones, fundamentalmente a las dos últimas que son las que se han planteado ante la Dirección General de los Registros, pasa por estudiar el debatido papel de la posesión de estado en orden a la acreditación de la filiación⁵¹⁰. Cuestión

⁵¹⁰ Aunque hemos mencionado varios supuestos en los que puede operar la posesión de estado reeditando la filiación, es cierta la afirmación de VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 82, nota 164, de que "los casos en que el Centro Directivo confiere eficacia acreditativa a la posesión de estado son muy aislados. Básicamente consisten en aquellos supuestos en e el hijo carece tanto de paternidad como de maternidad, y los presuntos progenitores efectúan un reconocimiento bilateral y simultáneo, prestando cada uno de ellos un consentimiento que permite prescindir de intervención del Ministerio Fiscal, conforme al art.124 C.c.. A pesar de que se indica, con carácter general, e la posesión de estado basta para el ejercicio de todos los derechos y deberes dimanantes de la relación terno-filial o materno-filial acreditada, ante la Dirección General sólo se ha planteado este concreto caso de representación legal respecto al art.124 C.c.".

problemática donde las haya porque la posesión de estado no es un medio de determinar legalmente la filiación no matrimonial, pues no se recoge en el artículo 120 C.c., pero sí se menciona como medio de acreditar la filiación en el primer párrafo del artículo 113 C.c.: <<La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil>>⁵¹¹.

1.2.2.2. Valor de la posesión de estado recogida en el artículo 113 C.c.

El problema estriba en dilucidar en qué consiste esta eficacia acreditativa de la posesión de estado, y, por lo que se refiere a nuestro estudio, si basta la posesión de estado, sin estar determinada la filiación, para que se ejerza la patria potestad⁵¹² y, en consecuencia, la representación legal del menor. La solución que se le dé depende de la postura que se

⁵¹¹ En este precepto se le atribuye a la posesión de estado un valor acreditativo de la filiación que no cabe de encajar en el sistema de filiación establecido por el Código civil, pues es el único supuesto, de los que recoge el art. 113, que no sirve además como medio para determinar la filiación. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, ob. cit., págs. 82 y 83, destaca que "no cabe desconocer las profundas diferencias que existen entre la posesión de estado y los restantes medios acreditativos que contempla el art. 113 C.c.. Esos otros medios encarnan <<per se>>, o presuponen, mecanismos que determinan legalmente la filiación. No sucede lo mismo con la posesión de estado que ni en su aspecto ofensivo, ni en el defensivo presenta iguales características", y que "la eficacia legitimadora de la posesión de estado constituye un elemento perturbador (...) en un sistema como el de nuestro Código civil, que tiene su centro en la noción de determinación de la filiación"

⁵¹² CASTÁN VÁZQUEZ, "De las relaciones paterno-filiales", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo III, Vol. 2, ed. Edersa, 1982, págs. 95 y 96, estudia, sin aludir expresamente a la posesión de estado, la llamada "patria potestad de hecho" o "ejercicio de hecho de la patria potestad", que se da, entre otros, en "los casos en que, no existiendo una relación jurídica de filiación, sino la filiación *de facto* (porque el hijo no está reconocido, ni ha habido una declaración judicial de paternidad), el padre de hecho pese a no haber sido investido de la patria potestad, ejerce materialmente las funciones". Sigue diciendo CASTÁN VÁZQUEZ que "en el Derecho español, el C.c. no aludió a la patria potestad de hecho", y que tampoco ha regulado esta figura la ley de 13 de mayo de 1981", aunque "en la práctica, ciertamente, se presentan situaciones en las que personas no investidas de la patria potestad sobre un menor realizan actos de los que integran tal función"; por ejemplo, "los padres no matrimoniales que, sin haber reconocido ni haber sido declarada judicialmente su paternidad, ejercen las funciones de la patria potestad". En estas situaciones, "no es seguro que se pueda hablar de "patria potestad de hecho" como un poder unitario y permanente. La patria potestad es un concepto jurídico, no una relación de hecho", por lo que "parece difícil admitir que alguien se compare en un título que no ostenta para legitimar su actuación de hecho en relación con un menor. Lo procedente es que una actuación de esta naturaleza se interrumpa o se legalice, según los casos"

mantenga respecto a cuándo la posesión de estado sirve como título de legitimación para poder ejercitar facultades o derechos derivados de la relación de filiación⁵¹³. Las dos tesis que se pueden mantener son:

- la posesión de estado sólo puede acreditar una filiación ya determinada;
- la posesión de estado sirve también para acreditar una filiación que todavía no se ha determinado legalmente.

Encontramos en nuestra doctrina partidarios de una y otra tesis. Así, DE LA CÁMARA considera que "la determinación de la filiación es el presupuesto necesario para que puedan ejercitarse los derechos y cumplir los deberes dimanantes de la relación paterno-filial"⁵¹⁴, y continúa diciendo que "después de haber incorporado a nuestro Derecho el concepto determinación de la filiación articulado como un procedimiento cuya finalidad consiste en identificar oficialmente a los progenitores, identificación que es también necesaria para que el estado civil consiguiente quede oficialmente establecido, la posesión de estado no debería tener cabida dentro de los títulos de legitimación. Porque la posesión de estado no acredita formalmente quiénes sean los progenitores de una persona; es sólo una situación fáctica que permite presumir quiénes puedan serlo. (...) el Ordenamiento jurídico se pondría en contradicción consigo mismo si consintiera que la posesión de estado, sin más, fuera suficiente para acreditar la filiación: ello equivaldría a admitir que los derechos fundados en el vínculo de filiación pudieran ejercitarse aunque aquélla no hubiere sido determinada. Lo que no ocurre con la inscripción registral, puesto que la misma acredita la filiación precisamente porque ha

⁵¹³ Un estudio en profundidad, anterior a la reforma de la filiación, sobre la posesión de estado puede encontrarse en LÓPEZ Y LÓPEZ, *La posesión de estado familiar*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 71.

⁵¹⁴ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 119.

sido determinada legalmente"⁵¹⁵.

Por su parte, ALBALADEJO señala que el papel que cumple la posesión de estado del artículo 113 C.c. "es para acreditar o demostrar la filiación que legalmente se ostenta porque ya se determinó en debida forma, pero de la que no hay actualmente otra prueba (por destrucción, desaparición u otra razón que imposibilite obtenerla y aportarla) ni registral ni documental ni por declaración en sentencia"⁵¹⁶.

RIVERO, a nuestro entender, resulta contradictorio. Tratando en general de los títulos de legitimación contenidos en el artículo 113 C.c., sostiene que operan exclusivamente cuando la filiación ya está determinada, "constatada oficialmente"⁵¹⁷; y al estudiar en concreto la posesión de estado como título de legitimación, señala que "hoy su juego y alcance no parece muy claro si se tiene en cuenta que el título de legitimación se refiere a filiación ya determinada y pretende ser prueba preconstituida de fácil manejo (que evite la prueba cumplida, caso por caso, de la filiación que es presupuesto de los derechos a ejercitar)"⁵¹⁸. Sin embargo, más adelante parece que admite implícitamente la posesión de estado como título de legitimación, es decir, como medio de hacer valer una filiación, aunque ésta no haya sido

⁵¹⁵ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 124-125. Con anterioridad a la reforma de la filiación, ya PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 25, negó que se pudiera reconocer a la posesión de estado valor de título de legitimación del estado civil.

⁵¹⁶ *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 272.

⁵¹⁷ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 43. Concretamente escribe que "como títulos de legitimación, no hay otros que los que indica el art.113: son instrumentos legales predeterminados con una finalidad y fuertes efectos, específicos ambos, y han de estimarse limitados, *numerus clausus*. Ello no impide que en el tráfico se admitan otros medios y pruebas para demostrar la filiación si ésta es presupuesto para ejercitar derechos; pero ése es un problema probatorio propio de la filiación no determinada, y el de los títulos de legitimación es, según entiendo (también DE LA CÁMARA), exclusivo de la filiación determinada, constatada oficialmente"

⁵¹⁸ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 46. Concluye el autor que "sin embargo, la justificación de la posesión de estado no siempre será fácil, y puede complicarse si en el proceso la parte contraria la niega; y en muchos casos, se recurrirá a ella como modo de acreditar la filiación precisamente cuando ésta no se halle determinada"

determinada legalmente: estudiando el consentimiento del representante legal del artículo 124 C.c., escribe que "cuando haya conflicto de intereses reconocido-representante legal-reconocedor (por ejemplo, porque este último ejerciera la patria potestad a partir de una posesión de estado: cfr. art. 113), procederá el nombramiento de defensor judicial para ese caso"⁵¹⁹.

Por último, BLASCO GASCÓ ha señalado con claridad que "respecto de la prueba -de la filiación ya determinada-, son títulos de legitimación de la misma, en virtud del artículo 113 C.C., la inscripción en el Registro civil, el documento o sentencia que determina legalmente la filiación, la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, la posesión de estado"⁵²⁰.

En el polo opuesto se encuentra la tesis sustentada por PEÑA, que admite sin reservas la función de la posesión de estado como título de legitimación aunque la filiación no esté determinada formalmente, posesión de estado que proclama "la filiación a que se refiere, a todos los efectos, en todas las esferas, dentro y fuera del proceso, en favor y en contra del titular del estado de filiación"⁵²¹.

Las mencionadas discrepancias doctrinales sobre el valor que se le reconoce a la posesión de estado como título de legitimación creemos que arrancan, si seguimos

⁵¹⁹ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág.117.

⁵²⁰ *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 363.

⁵²¹ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 840. El autor razona que "no se trata de legislar en abstracto, sin consideración al elemento sociológico. Si se quiere legislar con justicia para todos los estratos de la sociedad habrá que partir de una realidad elemental: la filiación que se vive es dinámicamente la verdadera y debe tener efectividad jurídica aunque todavía no se hayan cumplido las descripciones formales legalmente previstas para la determinación oficial. En muchos sectores de nuestra sociedad, sobre todo cuando se trata de la filiación no matrimonial, los documentos son sustituidos por los hechos"

profundizando en el tema, de las distintas concepciones que se tienen sobre cuándo se constituye el estado civil de filiación⁵²², la relación jurídica de filiación, y sobre la naturaleza de los títulos de determinación legal de la filiación. Así, la primera tesis vista se asentaría en la idea de que la mera generación, el hecho biológico, no es suficiente para que surta efectos la filiación, siendo necesario para ello que ésta quede determinada legalmente⁵²³. En cambio, la segunda tesis parte de la base de que la filiación queda constituida por el solo hecho de la generación, surtiendo en consecuencia desde entonces todos sus efectos, viniendo la determinación legal de la filiación únicamente a descubrir dichos efectos ya producidos⁵²⁴.

⁵²² O dicho de otro modo, como hace DÍEZ DEL CORRAL, "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", ob. cit., pág. 13, cuál es el título de atribución del estado civil de la filiación. Recogemos también nosotros la clásica distinción de DE CASTRO entre título de adquisición o atribución y título de legitimación. Según los definió en *Derecho Civil de España*, II, ob. cit., págs. 78 y 79, título de adquisición es "título o *porqué jurídico* del estado civil originario (de nacimiento) y del cambio posterior de estado", y título de legitimación es "la mera justificación de ejercicio", la "*causa especial y propia para el ejercicio legítimo o normal* de las facultades derivadas de la titularidad".

⁵²³ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 119, la ratifica diciendo que "la determinación de la filiación no cumple solamente la función de probarla", sino que es el presupuesto necesario para que puedan ejercitarse los derechos y cumplir los deberes dimanantes de la relación paterno filial (o más ampliamente de la relación parental) y así se desprende del artículo 112 del C.c. el hecho de que este precepto atribuya a la determinación de la filiación carácter retroactivo como regla general, significa, en el fondo, que si bien los efectos de la filiación se producen (...) desde que la filiación como hecho natural tiene lugar, el presupuesto para hacerlos valer es, precisamente, que aquélla haya sido determinada legalmente. Sólo si se entiende que la determinación de la filiación es requisito necesario para que la misma surta sus naturales efectos tiene sentido proclamar su retroactividad". Por su parte, DÍEZ DEL CORRAL, "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", ob. cit., págs. 13 a 19, apoyándose en los conceptos de título de atribución y título de legitimación, considera que el título de atribución de la filiación no es el solo hecho de la generación, sino, por lo que se refiere a la no matrimonial, "los que señala, bajo la expresión de determinación legal", el artículo 120 del Código civil", basándose, entre otras razones, en que la retroactividad de los efectos regulada por el art. 112 C.c. "sólo tiene explicación si lo que el Código denomina "determinación legal de la filiación" es un añadido a la generación y un añadido, además, de carácter constitutivo", y en que "la misma ocupación de los artículos 115 y 120 de señalar cuándo y cómo queda determinada legalmente la filiación matrimonial o no matrimonial viene a indicar que para el Código esos títulos de determinación (...) han de tener un significado especial que supera a la simple corroboración de una realidad jurídica preexistente".

⁵²⁴ Expone esta posición PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 783 y 829, partiendo de la distinción entre título de atribución, llamado por él de constitución, y título de legitimación. Considera el autor que "después de la Reforma, en todo supuesto de filiación, sea paterna o materna, sea o no matrimonial, el título de constitución del estado de hijo es *el hecho mismo de la generación*", que "no es, por tanto, la relación de filiación nunca efecto del reconocimiento materno ni efecto de reconocimiento paterno (...), o de la resolución, o de la sentencia que declare la filiación, o de la inscripción. El único que puede ocurrir es que los efectos jurídicos de la filiación, ya producidos, se descubran con la inscripción, con el reconocimiento, con la resolución o con la sentencia". Los títulos de determinación legal de la filiación son, en consecuencia, títulos de legitimación ("signo suficiente que proclama a una persona a todos

A continuación expondremos algunas ideas que nos ha sugerido la redacción y el contenido del artículo 113 C.c., y que nos llevan a delimitar, sin ánimo de ser concluyentes, la función que en el ámbito extrajudicial cumple la posesión de estado.

Lo que no ofrece dudas, a pesar de las críticas que puedan hacerse⁵²⁵, es que el artículo 113 C.c. establece expresamente que la filiación se acredita por posesión de estado. Si acredita la filiación, quiere decirse que puede probarse extrajudicialmente⁵²⁶ una determinada relación

s efectos legales, respecto de todos, como titular del estado civil constituido"). El autor interpreta la retroactividad de la determinación legal en el sentido de que "sus efectos, en su propio ámbito -en el de la legitimación-, sustituyen, en principio, totalmente a los de cualquier *título de legitimación* (cfr. art. 113 C.c.) que haya revelado falso; o a los efectos legales subsidiarios que se asignan a la filiación desconocida" (*ob. cit.*, g. 930). Siguiendo a PEÑA, GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña sus relaciones con el Código civil", *ob. cit.*, págs. 201-202, distingue entre *título de constitución del estado civil*, "que sería el hecho que conforme al Ordenamiento jurídico constituye determinada relación de filiación (este hecho sería la misma generación)", *título de legitimación del estado civil*, "que sería el signo suficiente que proclama a una persona a todos los efectos legales, respecto de todos, como titular del estado civil constituido...: inscripción en el Registro, los títulos que determinan la filiación, la presunción de paternidad... y la posesión de estado", y *título de determinación del estado civil*, "que sería el título de legitimación que consista en un documento público especialmente señalado por la ley para proclamar oficialmente, de modo permanente y, en principio, definitivo la filiación, y siendo, por lo tanto, título suficiente para practicar la inscripción (se diferenciaría de esta forma de la posesión de estado y de la presunción de paternidad)". GONZÁLEZ POVEDA, *jurisdicción voluntaria*, *ob. cit.*, pág. 443, considera que "el vínculo jurídico no nace de una declaración de voluntad del progenitor, sino del hecho natural o biológico de la procreación, que el reconocimiento se limita a poner de manifiesto". Y, por citar otra opinión, RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", *ob. cit.*, pág. 134, escribe que "no es la determinación, sino la generación, la constitutiva de la filiación; la determinación legal tiene carácter declarativo; de ahí la retroacción de efectos que, con poca moderación, establece el artículo 112-1, tras reforma".

⁵²⁵ No podemos dejar de mencionar la contradicción que, a nuestro modo de ver, implica justificar la necesidad del título de legitimación en la fijeza que demanda el estado civil y en la evitación de tener que probar siempre que se ejerzan derechos derivados del estado civil la existencia de éste, y a la vez admitir como uno de los títulos la posesión de estado, que no goza de esta fijeza y debe ser también probada. Así, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, *ob. cit.*, págs. 79 y 80, admitiendo que los títulos de legitimación son la inscripción en el Registro Civil y la posesión de estado, previamente razona que "el estado civil requiere particularmente que se destaque el título de legitimación, porque su necesidad de fijeza y general eficacia ha llevado a buscar modo de evitar las dificultades y complicaciones que significaría la investigación de la realidad y validez de cada título de adquisición del estado civil, y porque la intervención del Estado ofrece los medios para crear un modo fácil y claro de conocer las situaciones del estado civil, con la seguridad suficiente para la vida jurídica normal". Se ha pronunciado en contra de la posesión de estado como título de legitimación DÍEZ DEL CORRAL, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Madrid, 1993, pág. 12, manteniendo que el único título de legitimación es la inscripción registral, pues para hacer valer la posesión de estado se exige instar la inscripción registral: "en el ámbito extrajudicial la posesión de estado de la filiación no es verdadero título de legitimación [el art. 113 C.c. ha de interpretarse en conexión con el art. 2 L.R.C.)"

⁵²⁶ El art. 113 C.c., si nos atenemos al título del Capítulo II donde está incluido, recoge los medios que pueden acreditar la relación de filiación extrajudicialmente. Este Capítulo, según reza, trata <<De la determinación y prueba de la filiación>>, prueba que sólo puede ser extrajudicial si nos fijamos en la sistemática del Código:

paterno o materno-filial por posesión de estado a los efectos de ejercitar las facultades y los derechos y exigir los deberes que se deriven de esa relación. Es decir, la posesión de estado, que debe probarse por ser una situación de hecho, sirve para probar, a su vez, la filiación que se posee, pues eso es lo que significa en último término "acreditar"; y como ese valor probatorio o acreditativo concedido por la Ley tiene que tener alguna finalidad, sólo cabe entender que, probada la filiación por posesión de estado, se derivarán los efectos correspondientes de dicha filiación.

Esto sentado, habría que preguntarse qué filiación es la que puede probarse, es decir, y desde nuestro planteamiento, si sólo la filiación jurídica (determinada legalmente) o también la biológica aunque no haya sido determinada legalmente. En otros términos, habrá que resolver si la posesión de estado sólo puede acreditar una filiación ya determinada o también una que todavía no lo esté. Aunque en nuestra opinión la filiación jurídica es la filiación que ya se ha determinado legalmente, determinación legal que no se deriva de la posesión de estado, ya adelantamos en la introducción de este trabajo que, según interpretamos el artículo 112 C.c., la filiación biológica produce efectos desde que tiene lugar, es decir, desde el nacimiento del hijo, aunque no haya sido determinada legalmente, lo que permite entender, si conjugamos esta regla con la admisión de la posesión de estado en el artículo 113 C.c., que esa filiación biológica pueda acreditarse por posesión de estado con el fin de hacer exigibles esos efectos ya producidos.

Por otra parte, y como tentativa, la solución a la pregunta que nos planteamos quizá podría buscarse en la supletoriedad, respecto de los otros medios enunciados en el artículo 113 C.c. que también acreditan la filiación, de la posesión de estado. Recoge el precepto ciertos

entro del Capítulo III, que trata <<De las acciones de filiación>>, en el artículo 135 C.c., regula los medios prueba de la filiación en el ámbito judicial.

medios que acreditan, prueban, la filiación, señalando, en último término, que <<a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado>> se acreditará aquélla. Si nos fijamos en cuáles son esos medios, vemos que todos sirven para determinar la filiación o, al menos, presuponen que ya está determinada.

Así, la inscripción en el Registro Civil, que sólo es posible si ya está determinada; el documento o sentencia que la determina legalmente, documento (público) en el que, se entiende, consta el reconocimiento que determina la filiación; y la presunción de paternidad, instrumento que permite determinar la filiación paterna del marido de la madre. Y sólo en defecto de estos medios que, además de acreditar la filiación, la determinan, puede acudir a la posesión de estado. ¿No podría entenderse, en consecuencia, que lo que el precepto quiere decir con <<a falta de los medios anteriores>> es que a falta de medios que determinan legalmente la filiación, o que presuponen esta determinación, puede acreditarse ésta por posesión de estado, es decir, por una situación de hecho que la prueba pero no la determina?

Por último, y estudiada la supletoriedad de la posesión de estado desde otra perspectiva, resulta difícil imaginar que la filiación esté determinada pero no pueda acreditarse por esos medios que la determinan, y que son preferentes a la posesión de estado para acreditarla, único supuesto en que, para cierta doctrina y por estar ya determinada la filiación, puede operar la posesión de estado. Es decir, si la filiación ya está determinada, y se presenta el título en el que consta esta determinación, por ejemplo el documento público conteniendo un reconocimiento eficaz, no entra en juego la posesión de estado. Pero, ¿cómo imaginar que la filiación esté determinada pero no pueda acreditarse por la inscripción, el documento o la sentencia que la determinan o prueban esta determinación?

La tesis de ALBALADEJO, ya mencionada, de que la posesión de estado acredita o demuestra "la filiación que legalmente se ostenta porque ya se determinó en debida forma,

pero de la que no hay actualmente otra prueba (por destrucción, desaparición u otra razón que imposibilite obtenerla y aportarla) ni registral ni documental ni por declaración en sentencia"⁵²⁷ no nos convence. No vemos cuál es la diferencia en la práctica entre una filiación determinada que no puede probarse sino por la posesión de estado, y una filiación todavía no determinada y que se prueba por posesión de estado. Si no hay pruebas de que la filiación se determinó, para el Derecho es como si no se hubiese determinado: ni una ni otra pueden constatarse, por lo que, a los efectos de permitir acreditar la filiación por posesión de estado, deben merecer el mismo tratamiento.

La primera conclusión a la que llegamos es, por tanto, que la posesión de estado permite, en principio, acreditar tanto una filiación no determinada legalmente como una ya determinada que no puede probarse ni por inscripción, documento o sentencia. Si puede acreditarse la filiación por algunos de estos medios, no cabe acudir a aquélla. Aunque la determinación legal que se deriva de los artículos 115 y 120 C.c., como algo distinto de la mera acreditación que regula el artículo 113 C.c., sea necesaria para que quede establecida la relación jurídica de filiación, del juego de los artículos 112 y 113 C.c., y de la irrelevancia práctica frente al Derecho de que la filiación esté determinada, pero no pueda probarse, o no esté determinada, cabe deducir que sin estar establecida esta relación jurídica se pueda acreditar extrajudicialmente la relación biológica que subyace por posesión de estado.

Ahora bien, no basta con probar la posesión de estado para que puedan derivarse los efectos propios de toda relación paterno-filial. Debe destacarse, y éste es un dato fundamental, que la posesión de estado sólo puede acreditar la filiación, y con ello servir de causa para el ejercicio de los derechos y facultades derivados de dicha filiación, cuando falte la inscripción

⁵²⁷ *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 272.

registral o no sea posible certificar del asiento, estableciéndose para el primer supuesto, el más interesante para nosotros porque puede ser debido a la no existencia de título de determinación inscribible, que <<será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento>> (art. 2º L.R.c., al que se remite el artículo 113 C.c. al exigir que <<para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil>>). No basta, por tanto, para ejercer las facultades derivadas del estado de filiación la mera comprobación de la posesión de estado, sino que es necesario además que el que pretenda acreditar su filiación por posesión de estado inste o solicite la inscripción de filiación no matrimonial omitida⁵²⁸.

Esta exigencia de instar la inscripción omitida, ¿en qué consiste realmente?⁵²⁹ Aunque pueda ser discutible, a nuestro juicio debería entenderse, en general, que se insta la inscripción omitida cuando se presenta ante el Encargado del Registro un título apto para practicar la inscripción; lo que aplicado a la filiación significaría presentar, por ejemplo, un reconocimiento válido y eficaz. Dicho con otras palabras: para instar la inscripción de filiación omitida, con el fin de poder acreditarla por posesión de estado, debería estar determinada dicha filiación⁵³⁰, pues sólo cuando la filiación está determinada se puede inscribir. Y ello porque si "instar la inscripción omitida" significase meramente presentar un título válido pero que no

⁵²⁸ No obstante, en la práctica, según indica DÍEZ DEL CORRAL, "La inscripción de la filiación en Registro Civil", ob. cit., pág. 30, la exigencia del artículo 2º L.R.c. es repetidamente incumplida, tanto judicial como extrajudicialmente.

⁵²⁹ DÍEZ DEL CORRAL, en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 898, señala que "según resulta del tenor literal de dicho art. 2º no hay por qué esperar a que se practique, en efecto, la inscripción o su justificación: la prueba extrarregistral deviene admisible con la sola justificación de que se ha procurado recordar la realidad y el RC, a pesar de que, quizá, dicha prueba no llegue a pasar por el control de la justificación del Encargado. El legislador ha estimado bastante que se intente la concordancia y considerado excesivo para el tráfico jurídico esperar a que ésta efectivamente se produzca".

⁵³⁰ Como veremos, la Dirección General de los Registros no entiende así este requisito exigido por el 2º L.R.c., bastando la mera solicitud de la inscripción por los reconocedores que presentan sólo su reconocimiento válido.

puede inscribirse por falta de eficacia, porque no ha determinado la filiación, estaríamos ante una apariencia de cumplimiento de una exigencia del legislador que trata de conseguir, ante todo, la concordancia entre el Registro y la realidad o, mejor dicho, que el Registro publique todos los hechos inscribibles, como es el caso de la filiación. Si se pretende acreditar una filiación por posesión de estado con el fin de ejercitar las facultades que se deriven de ella, esa filiación no debería quedar fuera del Registro Civil, y la única manera de conseguirlo es determinándola para poder inscribirla. Pero la posesión de estado no determina la filiación no matrimonial (tampoco la matrimonial), no se recoge entre los medios que la determinan según el artículo 120 del Código, por lo que tendría que determinarse por reconocimiento, expediente registral o sentencia judicial.

La consecuencia de este razonamiento, centrándonos en el reconocimiento como título de determinación legal, es que el progenitor que pretenda acreditar su filiación por posesión de estado debería presentar ante el Encargado un documento hábil que lo contenga o realizarlo directamente ante el Encargado del Registro, y, si el reconocido es menor de edad o incapaz, ese reconocimiento formal debería ir acompañado del consentimiento del representante legal del hijo o de la aprobación judicial. Sólo así habrá quedado determinado la filiación, consecuentemente se podrá inscribir, y se cumplirá la exigencia de instar la inscripción omitida.

El problema que se presenta, aunque el razonamiento que hemos seguido nos parece correcto en línea de principio, es que la anterior consecuencia -la posesión de estado sólo puede acreditar una filiación ya determinada-, derivada de la exigencia registral de instar la inscripción omitida, no se coherencia con la operatividad que debe tener la posesión de estado (pues así lo demanda su mención expresa por el artículo 113 C.c.) a falta de la inscripción o del documento o sentencia que determinen legalmente la filiación (o de la presunción de

paternidad). En el caso que nos ocupa, si para instar la inscripción omitida se necesitase un reconocimiento válido y eficaz, tendríamos ya un medio de acreditar la filiación preferente a la posesión de estado, a saber, el documento donde conste el reconocimiento que determina legalmente la filiación, con lo que la posesión de estado devendría irrelevante, y con ello desconoceríamos el valor que se le concede a ésta como medio de acreditar la filiación por el artículo 113 C.c. Si siempre fuese necesario presentar un título de determinación legal de la filiación para acreditar ésta por posesión de estado, nunca se acreditaría por este medio, que sólo cabe <<a falta>>, lo que no sería el caso, de inscripción, documento, sentencia o presunción de paternidad.

En definitiva, y ésta sería la segunda conclusión a destacar, si no queremos privar de sentido la norma contenida en el artículo 113 C.c., habrá que admitir que la posesión de estado puede acreditar la filiación, y con ello facultar al que la ostente para ejercitar los derechos y obligaciones que se derivan de dicha filiación, aunque no se presente, al instar la inscripción omitida, un título que ya haya determinado la filiación.

1.2.2.3. Tratamiento específico de los reconocimientos bilaterales y simultáneos.

El campo idóneo para la aplicación de las ideas anteriores es el ejercicio de la representación legal por posesión de estado. En relación con el consentimiento del representante legal se plantea la doctrina la posibilidad de los reconocimientos conjuntos, es decir, efectuados simultáneamente por ambos progenitores, y la relevancia o aptitud del doble consentimiento recíproco prestado por ellos mismos, como representantes legales del menor, para dotar de eficacia a dichos reconocimientos. Cuestión que tiene, además, gran importancia práctica al ser numerosos los casos similares con los que se enfrenta la Dirección General de los Registros y a los que ha tenido que dar solución.

Lo primero que hay que dejar claro es que no basta el mero reconocimiento bilateral

y simultáneo para que pueda admitirse que éste será eficaz por el consentimiento de los dos reconocedores como representantes legales del hijo. Aunque después nos preguntaremos si existiendo posesión de estado se cumple con el requisito de eficacia exigido por el artículo 124 C.c., lo que no ofrece dudas es que si no está determinada la filiación, y sólo lo estará cuando el reconocimiento sea eficaz, y no hay posesión de estado que la acredite, los reconocedores no son representantes legales del menor. Por ello, no puede compartirse la tesis sostenida por la ya citada Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de noviembre de 1987, según la cual "la filiación está suficientemente acreditada por el documento de reconocimiento que se intenta inscribir (cfr. art. 113 CC), de modo que el consentimiento manifestado por cada progenitor al reconocimiento otorgado por el otro ha de estimarse bastante y excesivo el tener que acudir a la aprobación judicial". El documento en el que conste el reconocimiento no acredita nada mientras éste no sea eficaz, pues expresamente exige el artículo 113 C.c. que se trate de un documento que determine legalmente la filiación, por lo tanto no puede deducirse de él la representación legal del menor⁵³¹.

Ahora bien, si los reconocedores acreditan su filiación por posesión de estado, ¿este hecho les faculta para actuar como representantes legales del menor y, en consecuencia, para prestar el consentimiento necesario para dotar de eficacia a sus respectivos reconocimientos? O dicho de otro modo, ¿basta la posesión de estado de los dos reconocedores para que se

⁵³¹ Se puede encontrar, no obstante, una justificación al razonamiento de la resolución citada en los echos para los que se dicta. Al tratarse del reconocimiento de una niña de sólo dos meses, no hay posesión de estado que permita entender que la filiación está acreditada, y por ello el Centro Directivo no hace alusión a la doctrina que ya deja entrever en su Resolución de 8 de marzo de 1982 y que consolida en la de 21 de julio de 1988. Pero el escaso plazo de tiempo transcurrido desde el nacimiento le condiciona para ir más allá de esa doctrina y prescindir de la posesión de estado, pues expresamente argumenta que "en un reconocimiento bilateral simultáneo otorgado por el padre y por la madre -y en este supuesto, además, a los dos meses escasos desde el nacimiento del hijo- es más que discutible que debe exigirse algún requisito complementario aparte del consentimiento de ambos progenitores".

entienda cumplido el requisito del consentimiento del representante legal si ambos lo prestan?

Pregunta que parte de la premisa de que efectivamente se pruebe la posesión de estado, siendo discutible que pueda considerarse que existe esta posesión cuando se trata de inscribir un reconocimiento bilateral o simultáneo al poco tiempo del nacimiento del hijo⁵³².

Las principales aportaciones para la solución de este problema las encontramos en las distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros que se enfrentan a él⁵³³.

La doctrina registral sobre la eficacia de estos reconocimientos bilaterales y simultáneos de la filiación no matrimonial se recoge en la Resolución de 21 de julio de 1988⁵³⁴, primera

⁵³² Señala RIVERO, comentando la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de noviembre de 1987, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 16, pág. 49, que "en la mayor parte de las ocasiones de inscripción dentro o fuera de plazo legal no habrá habido tiempo para quedar definida una determinada posesión de estado de filiación concreta (matrimonial o extramatrimonial)". También recalca la importancia del tiempo en la existencia de posesión de estado RICO-PÉREZ, "La posesión de estado de filiación", en *Actualidad Civil*, nº 33, 1988, pág. 2.039: "la posesión de estado será, por consiguiente, producto de un cúmulo de circunstancias que, referidas a una persona por largo tiempo y sin oposición alguna, acreditan que tal sujeto goza, de hecho, de la situación correspondiente a la del hijo, aun cuando no tenga título justificativo del mismo". Por otra parte, creemos, como ya hemos señalado antes, que es precisamente el escaso tiempo transcurrido (dos meses desde el nacimiento) lo que motiva que en la Resolución de 10 de noviembre de 1987 no se mencione la posible posesión de estado de los progenitores que reconocen conjuntamente.

⁵³³ La doctrina suele remitirse a ellas cuando estudia los reconocimientos simultáneos y la validez del consentimiento recíproco: así, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925, hace colación la Resolución de 8 de marzo de 1982, que admitió la eficacia de los reconocimientos con el requisito adicional de la conformidad del Ministerio Fiscal, como encargado de representar y defender los intereses del menor, y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, menciona que la Resolución de 11 de noviembre de 1987 declaró excesivo acudir a la aprobación judicial. POZO, *El conocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 66 a 70, por su parte, realiza un completo estudio de las soluciones registrales hasta 1993.

⁵³⁴ RJA 1988, 6354. En el fundamento de derecho 1º se expone claramente el supuesto: "La cuestión que plantea el presente recurso versa sobre si es o no inscribible el reconocimiento bilateral y simultáneo de la filiación no matrimonial de un menor, otorgado por ambos progenitores en un expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) el Ministerio Fiscal no da su consentimiento a dicho reconocimiento y estima que la eficacia de éste requiere la aprobación judicial exigida por el párrafo primero del artículo 124 del Código Civil; y b) la filiación no matrimonial aparece probada, dependientemente de por el propio reconocimiento formal, por la posesión constante de estado respecto de ambos progenitores, manifestada en la información testifical practicada y en la partida de bautismo y en la ratificación del padrón municipal acompañadas". Se da relevancia a la oposición del Ministerio Fiscal porque obliga a la Dirección General a plantearse el problema de fondo de si el consentimiento que se prestan recíprocamente los progenitores es suficiente para dar eficacia al reconocimiento: de concurrir la conformidad del Ministerio Fiscal, y de acuerdo con la propia doctrina registral, el reconocimiento contaría ya con el consentimiento del representante legal del menor. Así pasó en la Resolución de 8 de marzo de 1982 (RJA 1982, 86), que no aclaró suficientemente la cuestión al señalar que "el reconocimiento ha sido efectuado en forma legal ante el Encargado del Registro Civil (art. 120, 1º, C.c.) y que, al haber concurrido el consentimiento de

que se enfrenta en profundidad al problema interpretando, como ella misma señala, el párrafo primero del artículo 124 del Código. Saber si, en estos casos en que se prueba la posesión de estado de los dos progenitores, se puede prescindir de la aprobación judicial por estar legitimados éstos para actuar como representantes legales del menor, aun sin estar determinada legalmente su filiación, "exige desentrañar, sobre todo, el valor que haya de darse a la prueba de la filiación conforme al artículo 113 del Código Civil". Y el valor que le da la Resolución a la posesión de estado es el siguiente: "Según el artículo 113 del Código Civil y puesto que el documento de reconocimiento que determina la filiación aún no es eficaz (cfr. art. 124.I, C.c.), la filiación está acreditada por la posesión de estado, que en este caso concurre de acuerdo con lo antes indicado. Esta prueba de la filiación es admisible, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley del Registro Civil, al que se remite el propio artículo 113 del Código, puesto que se ha instado simultáneamente la inscripción omitida de la filiación. En estas condiciones la filiación acreditada legalmente está dotada para el legislador de un valor especial, en cuanto que priva de eficacia a la determinación de una filiación contradictoria (cfr. art. 113, III, C.c.). Se ha querido, pues, que la prueba de la filiación en las circunstancias expresadas goce de una firmeza y estabilidad singulares, de tal modo que, aunque no sea suficiente por sí para la determinación legal de aquélla, sí baste para que puedan ser ejercitados todos los derechos y deberes dimanantes de la relación paterno-filial o materno-filial acreditada y, entre ellos, los conectados con la representación legal del menor y con la prestación del consentimiento dentro del ámbito al que se refiere el artículo 124.I del Código Civil".

En igual sentido se pronuncian la Resolución dictada el día siguiente, el 22 de julio de

enes, según la posesión de estado que el propio expediente manifiesta, son los progenitores y darse, además conformidad del Ministerio Fiscal, se cumple, sin duda, con el requisito que exige para la eficacia del onocimiento de los menores de edad el párrafo 1º del art. 124 del C. Civil"

1988⁵³⁵, la de 3 de febrero de 1990⁵³⁶, la de 28 de octubre de 1991⁵³⁷ y la de 1 de junio de 1995⁵³⁸.

La admisión de la eficacia de estos reconocimientos bilaterales y simultáneos con el consentimiento, también bilateral, de los progenitores que acreditan su filiación por posesión de estado a que conduce la anterior interpretación del artículo 113 C.c., nos parece en principio correcta⁵³⁹, habida cuenta que, como hemos visto en el apartado anterior, la posesión de estado puede acreditar una filiación no determinada y que instar la inscripción omitida no equivale a presentar un reconocimiento válido y eficaz. Y nos parece correcta, a pesar de que puede objetarse por cierta doctrina que la posesión de estado no puede en estos casos acreditar la filiación al no estar ésta determinada⁵⁴⁰, fundamentalmente por la intención que preside estas

⁵³⁵ RJA 1988, 6355.

⁵³⁶ RJA 1990, 2287.

⁵³⁷ RJA 1991, 8790.

⁵³⁸ RJA 1995, 5190.

⁵³⁹ Mantiene también DÍEZ DEL CORRAL, "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", ob. cit., pág. 59, al tratar concretamente el reconocimiento efectuado en el expediente de inscripción de nacimiento a plazo, que si "el reconocimiento es conjunto, parece totalmente excesivo exigir previamente la institución de la tutela: ambos progenitores son los representantes "de facto" del menor, han defendido y siguen defendiendo los intereses de éste y no se ve la necesidad de dar intervención alguna más a un extraño en la familia". Sigue diciendo el autor que "incluso si la madre es la única que reconoce -y presupuesto que en el expediente se habrá comprobado el hecho del parto y la identidad del hijo- ¿para qué exigir, además, la aprobación judicial? Nótese, en fin, que en este tipo de expedientes es preceptiva siempre la intervención del Ministerio Fiscal, el cual mantiene su misión tradicional de defender los intereses de los menores o incapaces". También se pronuncia a favor de estos consentimientos recíprocos GARNICA MARTÍN, "El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial", ob. cit., pág. 3.394: partiendo de que la filiación puede acreditarse por posesión de estado antes de su determinación legal, por tanto "aquel que, conforme a una determinada posesión de estado, es tenido como padre o madre ha de ostentar la representación legal del menor", incluye el autor que "si ambos padres realizan el reconocimiento conjuntamente y en expediente registral complementario, queda acreditada una posesión de estado de filiación extramatrimonial acorde con ese reconocimiento, creemos que no se hace preciso acudir a la aprobación judicial para la eficacia de ese reconocimiento"

⁵⁴⁰ La ya citada Resolución de 21 de julio de 1988 apunta la idea de que puede ser discutible su solución, al hablar de "otra solución posible". También puede ser discutible la afirmación de que la posesión de estado es una prueba que <<goza de una firmeza y estabilidad singulares>>. Al depender de la voluntad del

Resoluciones de evitar, en interés del hijo y de los propios reconocedores que vienen actuando como progenitores, perturbaciones e intromisiones judiciales innecesarias en la determinación legal de la filiación de un menor.

Así, se dice en la Resolución de 21 de julio de 1988 que acudir en estos casos a la aprobación judicial sería excesivo y además "perturbador para la familia no matrimonial la intromisión del Juez, con el retraso y demoras inevitables en la práctica, cuando no hay discrepancia ni contradicción alguna entre los miembros que la integran. La protección integral de los hijos -cfr. art. 39.2 de la Constitución- queda suficientemente garantizada con la conclusión expuesta, cuando, en cambio, sería perjudicial para el menor que, según otra solución posible, hubiera de inscribirse el nacimiento con filiación desconocida y sólo más tarde figurara la filiación no matrimonial, una vez que recayera la aprobación judicial". Esta finalidad protectora de los intereses del hijo se recalca también en la Resolución de 22 de julio de 1988: "El especial valor de que está dotada la prueba de la filiación, manifestada aquí en la posesión de estado, conforme al artículo 113 del Código Civil y cuando se ha instado simultáneamente la inscripción de la filiación omitida; la conveniencia de evitar intervenciones judiciales innecesarias en la familia no matrimonial perfectamente avenida, y la protección del hijo cuyo interés queda suficientemente garantizado, son los argumentos que inclinan a prescindir de la aprobación judicial"⁵⁴¹.

progenitor, y ser una situación de hecho, es perfectamente imaginable que deje de darse el *tractatus* que configura, junto al *nomen* y a la *fama*, esa posesión de estado. Prueba firme y estable es la inscripción registral también el reconocimiento en documento público, que es irrevocable, y la sentencia judicial firme, ya irrevocable), pero no lo es tanto la posesión de estado, que además debe probarse.

⁵⁴¹ La Resolución de 28 de octubre de 1991 resume la doctrina contenida en las de 21 y 22 de julio de 1988 diciendo que "en ellas se razona que es excesivo exigir la aprobación judicial *atendiendo al interés matrimonial del hijo* y a la conveniencia de evitar intromisiones judiciales innecesarias en la familia (aquí ya matrimonial) perfectamente avenida. Especialmente se tiene en cuenta el valor que ha de darse a la filiación *editada por la posesión de estado*, conforme al artículo 113 del Código civil, una vez que se ha instado la inscripción omitida de la filiación" (la cursiva es nuestra).

Además, se trata de un supuesto en el que no hay peligro de que la filiación acreditada por posesión de estado permanezca ajena al Registro, que es lo que, entendemos, se trata de evitar al exigir la Ley del Registro civil que se inste la inscripción omitida para admitir otras pruebas distintas de la propia inscripción. La filiación, una vez que ha quedado determinada por recaer los consentimientos oportunos al reconocimiento, puede ya inscribirse, con lo que coincide la realidad, que se ha vivido por posesión de estado y ha sido posteriormente reconocida, con lo que proclama el Registro.

De no aceptarse esta solución, por considerar que los reconocedores no pueden hacer valer la posesión de estado y, consecuentemente, no pueden prestar el consentimiento requerido como representantes legales del menor, la posesión de estado tendrá que tenerse en cuenta por el Encargado del Registro, Juez de Primera Instancia, en el trámite de la aprobación judicial, ante el que se presenta el reconocimiento simultáneo para su inscripción, pues la posesión de estado constatada debe incidir en la valoración que puede merecerle al Juez el reconocimiento, valoración que, en principio, será positiva.

1.2.2.4. Supuesto en el que el progenitor que reconoce ejerce la representación legal del hijo por posesión de estado.

Estudiamos específicamente este supuesto porque, junto con los reconocimientos bilaterales y simultáneos, es el que mayor relevancia práctica puede tener⁵⁴².

⁵⁴² En palabras de PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925, puede ocurrir que el que reconoce sea el mismo representante legal (porque, por la posesión de estado, ejercía la patria potestad). En este caso no es concebible que el interés y conveniencia del reconocimiento para el conocido sean juzgados por el mismo autor del reconocimiento". También se plantea el problema RIVERO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pag. 117: "cuando haya conflicto de intereses reconocido-representante legal-reconocedor (por ejemplo, porque este último ejerciera la patria potestad a partir de una posesión de estado: cfr. art. 113), procederá el nombramiento de un defensor judicial para ese caso". Por último, OZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 68 y 69, estudia el supuesto al hilo de la doctrina gistral sobre el valor de la posesión de estado en los reconocimientos bilaterales, preguntándose "¿no podría atenderse, siguiendo la doctrina del Centro Directivo que hemos expuesto, que su autor puede autoconsentir su

El estudio de este reconocimiento unilateral abarca dos estadios: en primer lugar, habrá que saber si es posible que, como regla general, pueda ejercerse la representación legal del hijo acreditando la filiación por posesión de estado; y, en segundo lugar, en el caso de que sea posible, habrá que preguntarse si es factible que ese representante legal pueda autoconsentir su propio reconocimiento.

En cuanto a la primera cuestión planteada, entendemos, en base a las conclusiones a las que hemos llegado sobre el juego de la posesión de estado según el artículo 113 C.c., que el autor del reconocimiento estaría legitimado para ejercer la representación legal del menor o incapaz, ya que su filiación queda acreditada, si insta la inscripción omitida, por posesión de estado, de donde se deduciría la patria potestad y, como contenido de ésta, la representación legal.

Esta es la solución que cabe deducir de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el valor de la posesión de estado que acredita la filiación poseída, pues ya se trate de un reconocimiento simultáneo o de un reconocimiento único y separado, lo que dejan claro las resoluciones que hemos citado, aunque sólo se refieran al primero de los reconocimientos, es que el progenitor que acredita su filiación por posesión de estado puede ejercitar los derechos y deberes conectados con la representación legal del menor.

Pero que ese progenitor que reconoce no puede, a la vez, consentir, como representante legal, su propio reconocimiento, es algo obvio⁵⁴³. No tanto, a nuestro entender, porque exista un conflicto de intereses entre reconocedor y reconocido, pues si se da la posesión de estado

reconocimiento, ya que al fin y al cabo nos encontramos ante una filiación acreditada en el sentido que expresa el art. 113 CC (existe posesión de estado y se ha instado la inscripción de la filiación omitida)?"

⁵⁴³ La Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de marzo de 1985 (RJA 1985, 2253), en un supuesto de reconocimiento de filiación por naturaleza del padre que ya lo era adoptivo (por adopción simple), declaró "que, no obstante, mientras el reconocido sea menor de edad, es evidente que el reconocimiento no puede ser inscrito en tanto no conste el consentimiento expreso de su representante legal (que no puede ser otorgado por el mismo que reconoce) o la aprobación judicial"

lo más probable es que el reconocimiento sea cierto y beneficioso para el hijo, sino porque no cabe admitir que la misma persona que reconoce sea a la vez la que haya de prestar el consentimiento a ese reconocimiento: el reconocedor sería juez y parte en el trámite de conceder eficacia a su reconocimiento para que éste determine la filiación. En última instancia, lo que persigue el precepto contenido en el artículo 124 C.c. (igual que los artículos 123 y 126 C.c.) es que la determinación de la filiación en virtud de un reconocimiento no quede a merced de su autor, que otras personas (ya sea el propio hijo, su representante legal, sus descendientes o el Juez) decidan, junto al reconocedor, si la filiación queda o no determinada extrajudicialmente.

En estos casos, partiendo de que el reconocedor efectivamente ejerce la representación legal del hijo por posesión de estado, se ha mantenido que "el consentimiento debe ser prestado por quien la Ley tiene establecido para el caso en que el representante legal ordinario tiene un interés opuesto al de su representado"⁵⁴⁴, es decir, habrá que acudir a las reglas que, en materia de representación legal de los hijos, establece el artículo 163 C.c. La aplicación de este precepto no plantea problemas si, además de por el reconocedor-representante legal, el menor está representado por el otro progenitor, cuya filiación sí se ha determinado. En este caso, le corresponderá a éste, sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor y prestar o no el consentimiento. Se hace discutible, sin embargo, el recurso a este precepto si no cabe esta solución y ha de nombrarse un defensor judicial, pues puede que sea más adecuado acudir directamente a la aprobación judicial, máxime al estar tan próxima la función del defensor judicial a aquélla. Así, en la doctrina encontramos defensores tanto de la

⁵⁴⁴ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925.

posibilidad y conveniencia del nombramiento de un defensor judicial⁵⁴⁵ como de la oportunidad de acudir directamente a la aprobación judicial⁵⁴⁶.

A nuestro entender, en el caso de que aparezca como único representante legal del menor, por posesión de estado, el progenitor que reconoce, habrá que acudir a la otra vía que abre el artículo 124 C.c., es decir, a la aprobación judicial, evitándose los trámites innecesarios del nombramiento de un defensor judicial para el único cometido de consentir o no el reconocimiento. Al ser el mismo Encargado del Registro, como Juez de Primera Instancia, el que puede conceder o no la aprobación (cfr. Instrucción de la Dirección General de los Registros de 30 de noviembre de 1989, apartado 2, letra c.), y prevista esta posibilidad con el mismo rango que el consentimiento del representante legal por el artículo 124 C.c., no tiene sentido agotar las posibilidades de representación legal que ofrece la Ley⁵⁴⁷. El nombramiento de defensor judicial dilataría innecesariamente el procedimiento, y la especial naturaleza de la tarea que se le encomendaría obligaría a ser restrictivos a la hora de elegir a la persona que podría desempeñarla⁵⁴⁸. Es más, el consentimiento de un reconocimiento, por afectar a algo

⁵⁴⁵ Así lo mantienen RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 117, y PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925, quien reconoce que es una solución próxima a la de la aprobación judicial del reconocimiento, pero inmediatamente declara que "puede seguir interesando, no obstante, el nombramiento de defensor judicial, por las circunstancias concurrentes en el caso, o por la mayor simplicidad de los trámites (para nombrar al defensor no es necesario oír al progenitor legalmente conocido que esté excluido de las funciones tuitivas)"

⁵⁴⁶ Solución mantenida por DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 149: "por la subsidiariedad de los requisitos establecidos en el artículo 124.1 del Código civil, siempre se acudirá en primer término al consentimiento del representante legal cuando desee la eficacia de un reconocimiento de la filiación extramatrimonial, aunque, si concurriera en el representante los cometidos de juez e interesado para una determinada hipótesis, sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno someterse de inmediato al criterio del juez, puesto que nombrar un defensor judicial (cf. artículos 299 y ss. del Código civil) entrañaría una dilación inconsecuente".

⁵⁴⁷ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 69, aunque no se plantea la posibilidad de nombrar un defensor judicial, sí entiende que puede acudirse a la aprobación judicial o al consentimiento del Ministerio Fiscal.

⁵⁴⁸ Sobre las condiciones personales que debe reunir todo defensor judicial, *vid* FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, ob. cit., págs. 174 y 175.

tan íntimamente relacionado con la persona del hijo como es su filiación, conviene que lo preste el representante legal que normalmente asista al menor, es decir, sus padres o tutor, que son los representantes ordinarios de los menores o incapaces; y si esto no es posible, lo mejor, para no extender en demasía el concepto de representante legal en sede de determinación de la filiación, será acudir directamente a la aprobación judicial⁵⁴⁹.

En conclusión, en el caso de que el progenitor que reconoce ejerza la representación legal por posesión de estado, y el menor o incapaz carece de otro representante legal, será el Juez el que debería aprobar o no el reconocimiento (o el Ministerio Fiscal si se entiende que, a falta de representación legal constituida, a él compete su ejercicio⁵⁵⁰).

1.3. El representante legal es, a su vez, menor no emancipado.

Puede también plantearse el supuesto de que el progenitor cuya filiación ya ha sido determinada sea a su vez menor de edad. ¿Este progenitor menor de edad es el representante legal del hijo? Es importante darle respuesta a la cuestión, pues si se le considera representante legal podrá decidir consentir o no el reconocimiento del otro progenitor, pero no podrá hacerlo si no se le considera representante legal del hijo. La solución se encuentra relacionando los

⁵⁴⁹ Se puede deducir de alguna resolución de la Dirección General de los Registros su rechazo a la constitución de representaciones legales provisionales, y su defensa, en cambio, del papel del Ministerio Fiscal como representante legal de los menores. Así, en la ya citada de 11 de noviembre de 1987 se razona que el reconocimiento, bilateral y simultáneo, es eficaz e inscribible al mostrar el Ministerio Fiscal su conformidad "sin necesidad de acudir a la aprobación judicial ni de constituir, provisional y superfluamente, una representación legal distinta para el menor". Y en la igualmente citada de 3 de febrero de 1990 se aclara que "cuando, como será lo más frecuente, no exista representación legal constituida para el menor, no es, sin embargo, necesario constituir la previamente <<ad hoc>> y con un carácter meramente provisional. Ha de bastar que el Ministerio Fiscal preste su consentimiento expresamente, porque éste asume <<ex lege>> la representación de menores e incapaces, según el artículo 3-7 de su Estatuto Orgánico".

⁵⁵⁰ La Dirección General de los Registros, en la ya mencionada Resolución de 13 de abril de 1988, revivó esta posibilidad en un supuesto de reconocimiento materno de filiación que se pretende inscribir como matrimonial. Se dice que "no entra, pues, en juego la presunción de paternidad del marido y decidir ahora si es inscribible la filiación no matrimonial respecto de la madre [...] es una cuestión que depende, bien de la postura que adopte el Ministerio Fiscal, como representante legal de la menor -cfr. art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre y Resolución de 11 de noviembre de 1987-, en orden a si presta o no su consentimiento al reconocimiento de la filiación materna, bien, en otro caso, de la obtención de la aprobación judicial oportuna (cfr. art. 124, I, Cc)".

artículos 162 y 157 del Código civil. Según el primero de ellos, <<los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados>>, por tanto debemos averiguar si los menores de edad ostentan la patria potestad sobre sus hijos⁵⁵¹, lo que resuelve el segundo precepto citado, a cuyo tenor <<el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez>>. Así pues, en base a los artículos 162 y 157 C.c., el menor de edad no emancipado tiene la patria potestad y, en consecuencia, ejerce la representación legal de sus hijos⁵⁵², también, obviamente, menores de edad.

El artículo 157 C.c., por otra parte, sólo tiene aplicación en sede de filiación extramatrimonial, pues si se tratase de filiación matrimonial no cabría hablar de progenitores no emancipados⁵⁵³, ya que <<el matrimonio produce de derecho la emancipación>> (art. 316

⁵⁵¹ En palabras de CASTÁN VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 162, "de antiguo está planteado el tema -no demasiado estudiado, sin embargo en la doctrina, ni eficientemente contemplado en las legislaciones- de si los menores no emancipados que sean, a su vez, padres, podrán ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos. La naturaleza parece, en principio, aconsejar que, como dos los progenitores, desempeñen la función; pero el hecho de que ellos mismos están sometidos a patria potestad -o, en su caso, a tutela- suscita una obvia objeción a ese ejercicio. ¿Cómo puede, en efecto, ejercer las funciones de alimentación, educación, representación y en general protección de un menor quien a su vez necesita ser alimentado, educado, representado y protegido por sus propios padres o por el tutor?".

⁵⁵² CASTÁN VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 181, estudiando el artículo 162 C.c., por tanto, concretamente la representación legal, vuelve a plantearse la cuestión de si los padres que son a su vez menores de edad pueden representar a sus hijos, observando que "la Resolución de 29 noviembre 1901 declaró que la menor edad de la madre no es obstáculo para que pueda ostentar la representación legal de los hijos... Esta solución ha quedado reforzada, tras la reforma de 1981, con el nuevo artículo 157 del C.c., que, como vimos, permite al menor no emancipado ejercer la patria potestad sobre sus hijos". Por su parte, URIBE SORRIBES, "La representación de los hijos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, 1982, págs. 250 y 251, entiende que "en este caso el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor no emancipado lo ejercerá su propio padre, que será su representante legal -aunque éste se encuentre a su vez sometido a la potestad de los suyos- si bien con la asistencia, o complemento de capacidad, de sus padres que en esta materia no ostentarán su representación legal".

⁵⁵³ Así interpreta el artículo 157 C.c. URIBE SORRIBES, "La representación de los hijos", ob. cit., pág. 250, para quien "el precepto se refiere a un menor no emancipado, sujeto, por tanto, a la patria potestad si tiene padres, que tenga un hijo, cuyo hijo necesariamente habrá de ser extramatrimonial o más concretamente padre menor soltero, pues si éste fuera casado ya no sería menor no emancipado, sino emancipado por matrimonio según el artículo 314-2º del Código Civil"

C.c.). Y, más concretamente, lo normal en la práctica será que la filiación materna esté determinada y sea la madre menor de edad la que represente al hijo, por lo que a ella le corresponderá consentir o no el reconocimiento del padre⁵⁵⁴.

El progenitor menor de edad podrá consentir, en consecuencia, el reconocimiento efectuado por el otro progenitor, pero, por el juego del artículo 157 C.c en cuanto al ejercicio de la patria potestad por el menor no emancipado, deberá contar con la asistencia de sus padres, del tutor o del Juez⁵⁵⁵. Aunque puede ser discutible que intervengan en la determinación de la filiación, prestando la asistencia requerida, personas ajenas a esta relación de filiación y que no son representantes legales del reconocido, lo relevante es que el consentimiento lo presta efectivamente el representante legal del reconocido, tal y como establece el artículo 124 C.c.

2. Consentimiento expreso del representante legal.

2.1. Forma del consentimiento.

El consentimiento del representante legal debe ser expreso, como se desprende claramente del tenor literal del artículo 124, párrafo primero, C.c.⁵⁵⁶, y a diferencia del consentimiento del hijo reconocido mayor de edad y capaz, que según el artículo 123 C.c. puede ser expreso o tácito. Pero partiendo de esta base indeclinable, se le puede dar al

⁵⁵⁴ CASTÁN VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 164, enciona que "en el caso del progenitor menor no emancipado (así la hipótesis que será más frecuente, de madre ltera menor de edad y padre no conocido), se aplicará el artículo 157".

⁵⁵⁵ GARRIDO DE PALMA, *Derecho de la Familia*, ob. cit., pág. 179, se plantea, en relación al artículo 124, párrafo 1º, C.c., el supuesto estudiado de que un menor de edad no emancipado sea el representante legal del hijo reconocido, señalando que "hay que pensar que para el eficaz consentimiento del mismo [el reconocimiento] con arreglo al artículo 124, es necesario el asentimiento de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor, pues al prestar el consentimiento lo hace como titular de la patria potestad sobre su hijo y este forzamiento protector lo exige el artículo 157 del vigente Código, reformado en 1981".

⁵⁵⁶ Por ello no se entiende la afirmación de RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 7, de que "el consentimiento puede ser expreso o tácito", ya que no razona esta opinión contraria a la literalidad del precepto, y que bien puede ser un *lapsus* motivado por la dicción del artículo 123 C.c., que si prevé el consentimiento expreso o tácito del reconocido mayor de edad.

precepto o bien una interpretación extensiva, considerando que expreso abarca tanto la forma oral como la escrita, pública o privada, o bien una interpretación restrictiva, entendiendo que la forma expresa se refiere al documento público. Dos posibles interpretaciones que están presentes en nuestra doctrina.

Para algunos autores no es necesaria ninguna forma especial, además de la expresa, para que el consentimiento del representante legal sea válido; si bien, por exigencias registrales, deba constar en documento auténtico o prestarse ante el Encargado del Registro para poder acceder a éste, y con ello, poder inscribir el reconocimiento ya eficaz⁵⁵⁷. Y también encontramos defensores de la interpretación restrictiva, que consideran exigible que el consentimiento del representante legal se preste en forma solemne, además de expresa: en concreto, por reciprocidad con el reconocimiento solemne, se entiende que el consentimiento debe revestir alguna de las formas previstas por el artículo 120.1º C.c.⁵⁵⁸, argumentando que

⁵⁵⁷ A juicio de PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926, "en este tipo de consentimiento sólo se admite la forma expresa. Pero, en cambio, no se exige la forma solemne, por que no se excluye la expresión oral, o el documento privado. Otra cosa es que para la inscripción sea necesaria personal declaración del representante legal ante el Encargado o que la declaración se acredite por documento auténtico (cfr. art. 23 L.R.c.). En defecto de documento auténtico que recoja la declaración, podrá servir, también, de título para la inscripción, la resolución que declare su existencia, recaída en expediente regido por legislación del Registro Civil" RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, también tiende que "no se exige forma especial para que surta los efectos que la ley previene, aunque para su acceso Registro civil deba constar en documento auténtico o prestarse ante el Encargado (arts. 23 y 49 L.R.c.)". En mismo sentido se pronuncia POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 73, quien considera que es necesario que el consentimiento revista alguna forma determinada, "si bien, a efectos de inscripción del reconocimiento, es preciso que conste en documento auténtico o se preste ante el encargado del Registro Civil, y exigencias del art. 23 L.R.c."

⁵⁵⁸ Se pronuncian en este sentido, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 657, y DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 471, aunque ambos consideran que el consentimiento expreso del reconocido mayor de edad no exige ninguna forma especial. El primero aporta, como argumentos a favor del consentimiento formal, "que existe un principio de forma solemne como carácter de las declaraciones relativas al estado civil: podría también invocarse la similitud con el acto principal al que condiciona y con el acto jurisdiccional alternativo; su adecuación al requisito legal que sea <<expreso>>; su idoneidad para tener acceso al Registro civil; etc.". DE LA CÁMARA razona el diferente tratamiento de ambos consentimientos, el del hijo mayor de edad y el del representante legal, al estudiar el consentimiento del representante legal, además de ser expreso, debe revestir una forma determinada: relativamente, al consentimiento del mayor de edad y capaz la respuesta negativa tiene su justificación en la posibilidad del consentimiento tácito, mas como aquí no cabe esta posibilidad, el argumento de Albaladejo, quien estimaba que el consentimiento (del mayor) antes de la reforma debía revestir alguna de las formas previstas para el reconocimiento mismo, parece atendible. De prosperar este criterio, el consentimiento del

"si se exige la forma para el reconocimiento por su trascendencia para el estado civil de las personas, no exigir para el consentimiento una de esas formas es dejar tan inseguro el estado civil como si se permitiese el reconocimiento no solemne"⁵⁵⁹.

En nuestra opinión, resulta más acertada la primera interpretación citada. Primero, porque está mejor sustentada en la letra de la Ley, ya que, literalmente, la forma expresa exigida sólo excluye el consentimiento tácito, como se deduce además de la comparación entre los artículos 123 y 124 C.c. En efecto, ambos preceptos regulan la eficacia de un reconocimiento, y el diferente régimen que establecen se deriva del sujeto reconocido: si éste es mayor de edad y capaz, se admite su consentimiento expreso o tácito; si el hijo, por el contrario, es menor o incapaz, se exige el consentimiento de su representante legal, admitiéndose sólo el expreso. Parece aceptable que si es el propio hijo el llamado a consentir el reconocimiento, quepa derivar consecuencias, en orden a la eficacia del mismo, de los actos que se le imputen y de los que se pueda deducir su consentimiento. En cambio, si el llamado a consentir el reconocimiento es otra persona, no el hijo reconocido, es comprensible que se extremen las cautelas, y por razones de seguridad sólo se admita el consentimiento expreso, excluyendo el tácito. Pero eso es lo único que puede extraerse de la interpretación sistemática de ambos preceptos, por lo que el consentimiento expreso previsto en ellos tiene un mismo significado, debe interpretarse de la misma manera.

Se alega, no obstante, que el consentimiento expreso del hijo mayor de edad puede efectuarse de cualquier forma porque otra solución más restrictiva no tiene sentido previendo

representante legal deberá constar en escritura pública, o por declaración ante el encargado del Registro civil. En todo caso, la inscripción en dicho Registro requiere, según se desprende del artículo 23,1, de la Ley, que el consentimiento se haga revistiendo alguna de esas dos formalidades".

⁵⁵⁹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 459 y 50, recogiendo la razón dada por Albaladejo para defender la necesidad de que la aceptación del reconocimiento por el hijo mayor de edad debía realizarse en alguna de las formas previstas por el antiguo artículo 131 C.c.

el artículo 123 C.c. también el consentimiento tácito, razonamiento que no cabe invocar al interpretar el consentimiento expreso del artículo 124 C.c., que no prevé esa posibilidad. En base a ello, se puede relacionar la forma solemne exigida para reconocer con la forma expresa exigida para consentir el reconocimiento de un menor o incapaz. Que esa forma expresa deba ser además solemne, por reciprocidad entre reconocimiento y consentimiento del representante legal, no resulta claro, pues así como la interpretación sistemática de los artículos 123 y 124 es adecuada, la misma interpretación entre los artículos 120.1º y 124 no lo es tanto, pues el primero aborda un problema de validez y el segundo de eficacia del reconocimiento. Los sujetos activos de ambos actos son distintos, y el fundamento de la exigencia de una forma determinada para efectuar tales actos también es distinta.

Por otra parte, exigir al consentimiento del representante legal, además de la forma expresa, la forma solemne, conllevaría limitar la posibilidad de que quedase establecida la filiación del menor por reconocimiento. Nos parece que la forma expresa ya garantiza de manera suficiente los intereses del hijo, y el reconocedor podrá beneficiarse de esa declaración expresa del representante legal, sin que éste pueda desdecirse de ella con posterioridad. Si se exige para la existencia o validez del consentimiento forma solemne, no se podrá probar por expediente la existencia de tal consentimiento, sin que pueda hablarse de revocación del consentimiento si el representante legal no lo vierte en documento público o reitera su voluntad ante el Encargado del Registro a los efectos de inscribir el reconocimiento, sino de no existencia de tal consentimiento. Y esta solución, que primaría la voluntad opuesta del representante a su anterior declaración manifestada en forma suficiente, nos parece contraria tanto a los intereses del hijo en tener determinada su filiación como a los intereses del progenitor en que su reconocimiento sea eficaz.

Otra cosa es que para poder inscribir el reconocimiento, por exigencias del artículo 23

L.R.c., sea necesario que el consentimiento, acto necesario para completar el reconocimiento como título de determinación de la filiación, se documente en forma auténtica o se realice por declaración ante el Encargado del Registro. Si se mantiene que también para la existencia del consentimiento se exigen tales formalidades, no habrá problemas para probar e inscribir el reconocimiento. Pero si, como sostenemos, el consentimiento verbal o en documento privado es válido, será necesario probar su existencia si el representante legal no accede a instrumentarlo en documento público o a reiterarlo ante el Encargado. Para conseguir esa prueba se puede acudir a un expediente registral, que sólo puede ser el de inscripción de nacimiento fuera de plazo, sirviendo la resolución que ponga fin al expediente, declarando la existencia del consentimiento, de documento auténtico para conseguir la inscripción del reconocimiento. Aunque no encontramos reglas expresas admitiendo esta posibilidad referidas al consentimiento del representante legal del menor o incapaz, entendemos aplicable por analogía el artículo 187 R.R.c., referido al consentimiento, parece que sólo tácito, del hijo mayor de edad, pues se trata en ambos casos de demostrar la existencia de un consentimiento que no consta en documento auténtico⁵⁶⁰. Para no ser reiterativos, nos remitimos a lo ya dicho en relación a este expediente en el epígrafe correspondiente del capítulo anterior.

2.2. Irrevocabilidad del consentimiento y ausencia de vicios.

El consentimiento del representante legal, como el del reconocido mayor de edad, es irrevocable, al igual que el reconocimiento. Una vez otorgado dicho consentimiento, el reconocimiento deviene completo o perfecto. La Dirección General de los Registros, en sus Resoluciones de 11 de noviembre de 1987, 18 de septiembre de 1993⁵⁶¹, 22 de diciembre de

⁵⁶⁰ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926, parece que se nite a los expedientes mencionados por la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de junio de 81, de posible utilización para la comprobación del consentimiento tácito del hijo mayor de edad, al estudiar consentimiento del representante legal.

⁵⁶¹ RJA 1993, 6683.

1994⁵⁶², y 1 de junio de 1995⁵⁶³, se apoya para dar esta solución en la doctrina de los actos propios y en que operan las mismas razones que justifican la irrevocabilidad del reconocimiento⁵⁶⁴.

El consentimiento del representante legal es una declaración de voluntad, y como tal, debe estar exenta de vicios⁵⁶⁵. En consecuencia, si concurre algún vicio de la voluntad, el consentimiento no será radicalmente nulo sino meramente anulable.

Se puede plantear de nuevo aquí la cuestión de si se aplicarán las reglas generales sobre vicios del consentimiento o, por el contrario, la regulación que específicamente prevé el Código, en el artículo 141, para los vicios del reconocimiento. Como ya dijimos al estudiar el consentimiento del hijo mayor de edad, a nuestro juicio⁵⁶⁶ cabe aplicar por analogía, por su

⁵⁶² RJA 1995, 1540. Es interesante esta resolución porque resume nuestra forma de entender la erminación extrajudicial de la filiación por medio de un reconocimiento. Dice en el Fundamento de derecho que "El reconocimiento voluntario, una vez perfeccionado, es irrevocable (cfr. fundamentalmente artículo 741) y esta misma cualidad ha de tener el consentimiento al reconocimiento otorgado por el representante legal menor reconocido (cfr. artículo 124 CC), de modo que no es posible en el ámbito extrajudicial que, una vez erminada legalmente la filiación no matrimonial, *las personas a las que la ley ha atribuido la facultad de iblecer, por sus declaraciones de voluntad, la relación paterno-filial* puedan desdecirse o retractarse de su laración, yendo contra sus propios actos y manifestando posteriormente que los nacidos no son hijos lógicos del autor del reconocimiento" (la cursiva es nuestra).

⁵⁶³ RJA 1995, 5190.

⁵⁶⁴ Expresamente se dice en la tantas veces citada Resolución de 11 de noviembre de 1987, reproducido i literalmente en las posteriores citadas, que "es indudable que, una vez obtenido el consentimiento del esentante legal, éste no puede, yendo contra sus propios actos, desdecirse o retractarse de su declaración. Las mas razones que inducen a configurar el reconocimiento como un acto irrevocable (cfr. sobre todo, art. 741) juegan para el consentimiento complementario del reconocimiento y que dota a éste de plena eficacia".

⁵⁶⁵ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, escribe que este consentimiento será constituir, obviamente, una declaración de voluntad exenta de vicios para su plena eficacia, o en otro o será impugnabile, y con ello, la eficacia del reconocimiento" PEÑA, en *Comentarios a las reformas del echo de Familia*, ob. cit., pág. 925, que también aborda el tema, considera que "el consentimiento del esentante legal es en sí una declaración de voluntad, sujeta, por tanto, al régimen de las declaraciones de untad. En el caso de vicios de la voluntad estamos, parece, ante una anulabilidad que reperecute en la eficacia reconocimiento mismo, y a la que, por el interés que se defiende, debe aplicarse las mismas normas que a osible anulabilidad del consentimiento prestado por el reconocido mayor de edad"

⁵⁶⁶ Y el de PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 923.

mayor semejanza con el supuesto de hecho no regulado, el artículo 141 C.c.

La anulabilidad por vicio del consentimiento debe ser pedida por la persona que sufre el vicio, según establece el precepto de acuerdo con el régimen general de anulabilidad, sin embargo, su aplicación al consentimiento del representante legal merece alguna matización por parte de algún autor. Así, se entiende que el legitimado activamente para impugnar el consentimiento es el reconocido y, por tanto, y en su nombre cualquier representante legal, aunque no se trate del que sufrió el vicio⁵⁶⁷. Coincidimos en principio con esta opinión, que protege ante todo al hijo ante la trascendencia de la decisión tomada por persona distinta de él mismo, pues el representante ha actuado en concepto de tal, y podrá invocar el vicio cualquier persona que ocupe ese puesto y el reconocido, que es por quien se actúa. De todas formas, esta solución puede ser discutida, ya que la regla es que está legitimado sólo quien sufre el vicio.

3. Criterios de actuación del representante legal.

Aunque se puede debatir si el representante legal debe prestar su consentimiento ateniéndose a la verdad biológica o a los intereses del hijo reconocido⁵⁶⁸, principios rectores del actual régimen de filiación, lo cierto es que resulta difícil controlar las razones que pueden llevar al representante legal a consentir o no el reconocimiento. En el régimen legal del reconocimiento no se prevé la posibilidad de censurar el consentimiento del representante legal o su negativa, sin que el artículo 124 C.c. establezca qué criterios deben ser tenidos en cuenta

⁵⁶⁷ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925.

⁵⁶⁸ En estos términos plantea la cuestión POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 61, señalando que "el representante legal no tiene obligación de prestar su consentimiento ni cuando el reconocimiento sea coincidente con la verdad biológica ni cuando sea conveniente a los intereses del menor o incapaz, ni, incluso, cuando coincidan ambas circunstancias".

por el representante legal⁵⁶⁹, ni le exija que motive su decisión. Por tanto, mantener que el representante "debería consentir siempre que el reconocimiento respondiese, a su juicio, a la verdad biológica"⁵⁷⁰, o que el representante debe buscar ante todo el interés del hijo, no pasa de ser, en principio, un mero *desideratum* sin relevancia práctica.

A pesar de lo dicho, del régimen general de la representación legal se puede extraer un criterio que, en todo caso, debería ser tenido en cuenta por el representante para consentir o no el reconocimiento⁵⁷¹: el beneficio del representado⁵⁷². Cualquier actuación del representante legal, por tanto también el consentimiento de un reconocimiento, debe perseguir la obtención de este beneficio, porque así lo prescribe el artículo 154, párrafo segundo, C.c. para la patria potestad (<<la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos>>), y el artículo 216 C.c. para la tutela (<<las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial>>)⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Como tampoco establece los criterios a los que debe atenerse el Juez a la hora de aprobar o no el reconocimiento, lo que es más criticable.

⁵⁷⁰ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 61.

⁵⁷¹ Por ello no compartimos la tesis de POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 61, de que "el representante legal goza de un poder absoluto para admitir o rechazar el reconocimiento", de una facultad discrecional.

⁵⁷² BERCOVITZ, R., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, ob. cit., págs. 1.045 y 1.047, considera que la patria potestad, de la que se deriva la representación legal de los hijos, cumple una función social, derivada del principio constitucional contenido en el artículo 39.3 de la Constitución, y que "corresponde a esa naturaleza de la patria potestad [de función social] la concreción explícita de que su ejercicio tendrá que ser en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad. Se trata de dos límites generales que condicionan todas las facultades que integran el contenido de la patria potestad". Según este autor, "la referencia al beneficio de los hijos supone recoger en el texto del Código una doctrina y una jurisprudencia ya consolidadas y generalmente aceptadas". En el mismo sentido, y tratando concretamente de la representación legal, MONTÉS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 1.079, sostiene que "la representación de los hijos por sus padres es una de las formas de prestarles la asistencia a que se refiere el precepto constitucional".

⁵⁷³ En el caso de la patria potestad, hay que decir que se presume que toda actuación de los progenitores es siempre en beneficio de los hijos. Así, BERCOVITZ, R., en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 1.047, señala que la doctrina y jurisprudencia que exigía el respeto al beneficio de los hijos "presumía (y ello no parece que tenga que cambiar), que, en principio, y salvo prueba en contrario, la actuación de los progenitores es siempre en beneficio de los hijos". Sigue diciendo que "se trata de una

Se puede deducir una importante consecuencia de lo anterior: la mención expresa del representante legal, y no del otro progenitor, por el artículo 124 C.c., nos permite interpretar que el criterio a tener en cuenta por dicho representante legal debe ser siempre el interés del hijo reconocido, que es lo mismo que decir beneficio del hijo. Criterio exigible, y no deseo de que así sea, porque cabe deducirlo de la Ley, como hemos visto. Y es que no puede ser otra la actuación del representante: aunque el reconocimiento coincida con la verdad biológica, y el representante conozca sin lugar a dudas esta coincidencia⁵⁷⁴, ha de valorar sobre todo si la determinación de la filiación en base al reconocimiento será beneficiosa para el hijo, tanto personal como patrimonialmente⁵⁷⁵. Se puede argumentar que todo reconocimiento verdadero, coincidente con la verdad biológica, es beneficioso para el hijo, pero al razonar así se parte de una premisa indemostrable en muchos casos: extrajudicialmente, sólo la madre que no ha

presunción *iuris tantum*, que impide que este límite de legitimación se transforme en una traba negativa para la eficaz actuación de los progenitores en el cumplimiento de sus funciones"

⁵⁷⁴ Lo que sólo se producirá si se dan dos circunstancias: que el representante legal del menor o incapacitado sea la madre y que al tiempo de la concepción únicamente haya cohabitado con el reconocedor.

⁵⁷⁵ Las razones que aporta POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 61 y 62, que ha estudiado detenidamente el asunto, para defender que el representante legal debe estar a la veracidad o no del reconocimiento, si bien son hasta cierto punto acertadas, no nos parecen de recibo si tenemos presente, junto a la imposibilidad de constatar en la determinación extrajudicial de la filiación la verdad o falsedad del reconocimiento, la función que cumple el representante legal. En primer lugar, argumenta POZO que "la filiación debe basarse en los vínculos de la sangre; interés del hijo y procreación son dos cosas distintas. La filiación debe referirse a la procreación, y no a los intereses del hijo" La afirmación resulta contradicha por la función que cumple el representante legal, que es a quien compete consentir o no el reconocimiento: éste, aunque se trate de consentir una filiación que debe basarse en la verdad biológica, debe perseguir ante todo el interés de su representado, y esa coincidencia entre filiación y realidad ha de buscarse en otras instancias, pero no exigírsela al representante legal. En segundo lugar, señala el autor que "hay que entender que, normalmente, todo reconocimiento verdadero responde a los intereses del hijo", preguntándose si no es mejor que el hijo tenga como tal a su verdadero padre a que figure como hijo de padre desconocido porque el representante legal entienda que no le conviene. Efectivamente, puede resultar más beneficioso para el hijo tener determinada su filiación que no tenerla, pero esto es algo que decide el representante legal, porque así expresamente lo ha previsto el art. 124 C.c. El representante legal tiene una importante función, que conlleva una gran responsabilidad, y es la defensa de los intereses del hijo: esta función hay que respetarla, sin que pueda minusvalorarse por defender a ultranza el principio de la verdad biológica. Este razonamiento nos sirve también para criticar el último argumento de POZO: "es muy peligroso realizar un juicio de valor sobre la conveniencia del reconocimiento para el hijo", juicio que sólo puede realizar debidamente el hijo. Se puede contestar que, aunque sea peligroso, el representante legal, no es que quiera, sino que está obligado a realizar ese juicio de valor sobre la conveniencia del reconocimiento para el hijo. No puede ser otra la solución si relacionamos la mención del representante legal por el art. 124 C.c. y la función que aquél debe cumplir.

cohabitado con varón distinto al reconocedor en la época de la concepción puede saber a ciencia cierta que el reconocimiento es verdadero.

Si, en base a las consideraciones enunciadas, el representante legal no presta su consentimiento, al reconocedor siempre le quedará la vía (de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya vista, que extiende la legitimación para accionar al progenitor aunque no exista posesión de estado -si la hay, expresamente está legitimado por el artículo 131 C.c.-, de acudir a la aprobación judicial, donde puede actuar de manera diferente el principio de verdad biológica.

Por último, sólo nos queda por mencionar que la mayor o menor edad, dentro de la minoridad, del hijo debe tenerse en cuenta por el representante legal a la hora de, al menos, oírle⁵⁷⁶, antes de tomar una decisión. Y lo mismo cabe decir sobre el mayor o menor grado de discernimiento del hijo incapacitado. Porque es el interés del hijo lo que se trata de proteger, y no el triunfo de la verdad biológica. Si éste fuese el caso, y el representante legal fuese el otro progenitor, que puede saber mejor que nadie si el reconocedor es verdaderamente el padre (o la madre), no tendría sentido oír al hijo, que no puede saber si el reconocedor es su padre o no. Si el representante legal sólo tuviese que consentir el reconocimiento cuando crea que es coincidente con la verdad, quedaría excluida esta participación del hijo. A nuestro entender, el representante legal debe oír al menor si tuviese suficiente juicio, por el interés que tiene en la determinación de su filiación y por exigencias del artículo 154, párrafo tercero,

⁵⁷⁶ Volvemos a mencionar la obligación legal de oír al menor, también en el ámbito familiar, en la toma de decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social, que ha establecido con carácter general el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

C.c., e igualmente ha de oír al incapacitado si tuviese suficiente juicio⁵⁷⁷.

4. Aprobación judicial.⁵⁷⁸

1. Criterios a tener en cuenta por el Juez.

1.1. Falta de regulación expresa.

El artículo 124 C.c. no contiene ninguna referencia expresa a los criterios a los que debe o puede atenerse el Juez para resolver sobre la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz⁵⁷⁹. Silencio censurable porque el Juez, al contrario del representante legal, sí tiene que fundamentar su decisión de aprobar o no el reconocimiento⁵⁸⁰, y por ello hubiese sido deseable que el legislador estableciese esos criterios que proporcionarían mayor seguridad jurídica, igualdad de trato, y posibilidad de control. De la mera mención de la <<aprobación judicial>> no se puede deducir nada, al contrario, otra vez, de la mención del <<representante legal>>, pues en base a la función que cumple éste sí se puede concretar, como hemos visto, el criterio que debe presidir su decisión. Esto implica que será la jurisprudencia la que tenga que llevar a cabo la labor de determinar los criterios a los que debe responder la aprobación judicial.

1.2. Opiniones doctrinales.

⁵⁷⁷ Como razona RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, "el representante legal deberá oír al menor o incapaz si tuviera suficiente juicio, por ser su reconocimiento y el consentimiento para el mismo decisión importante que le afecta: lo exige el art. 154-3º Cc. para la patria potestad, y debe exigirse tanto más al tutor (cfr. arts. 231 y 273 Cc.)". En igual sentido se pronuncia PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 927.

⁵⁷⁸ Previamente, al hilo de la relación entre los dos requisitos alternativos que menciona el artículo 124 C.c., se ha estudiado cuándo se puede acudir al Juez para que apruebe el reconocimiento del hijo menor de edad o incapaz. Ahora procede abordar qué criterios debe tener en cuenta el Juez para conceder su aprobación, quién es el Juez competente y cuál es el régimen que debe seguirse para conceder la aprobación judicial.

⁵⁷⁹ Como indica POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 90, "a diferencia del art. 125 CC, relativo a la filiación incestuosa, en el que expresamente se manifiesta que se otorgará la autorización judicial <<cuando convenga al menor o incapaz>>".

⁵⁸⁰ En este sentido, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., págs. 449 y 450, señala que "la decisión del Juez, debe fundarse en la estimación de circunstancias subjetivas y objetivas de los interesados, es decir, reales, que deben ser concretadas en la resolución"

En esta labor serán de gran ayuda, sin duda, las aportaciones doctrinales, por lo que nos parece importante llegar a conclusiones fundamentadas. Empecemos señalando los dos posibles criterios a valorar por el Juez: la verdad biológica, porque es la base de toda filiación, y el interés del reconocido⁵⁸¹, fundamental por afectar el reconocimiento a una persona, menor de edad o incapacitada, necesitada de protección. Como indicamos al hablar del consentimiento del representante legal, estos dos principios inspiran toda la regulación de la filiación, por lo que deben tenerse siempre presentes a la hora de enfrentarse a los problemas que se planteen. No se nos ocurren otros posibles criterios, y lo que habrá que resolver entonces es cómo funcionan los dos criterios mencionados en este concreto procedimiento judicial, si alguno prevalece sobre el otro, o si deben combinarse por el Juez.

Básicamente, los autores consultados se alinean en torno a alguna de estas dos tesis: según la primera, el Juez debe atenerse, para conceder o no su aprobación, a la mayor o menor verosimilitud del reconocimiento; en cambio, según la segunda, el Juez debe atender al interés del reconocido. Como se ve, los autores que defienden la primera tesis consideran más digna de protección la verdad biológica, a costa del interés del reconocido, mientras que para los partidarios de la segunda este interés resulta preferente, aunque el reconocimiento pueda no coincidir con la verdad biológica.

Para defender que el Juez debe aprobar o no el reconocimiento en base a la mayor o menor verosimilitud de la paternidad o de la maternidad se argumenta que es la solución más

⁵⁸¹ En palabras de POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 90, "dos son las soluciones que pueden proponerse:

- a) El Juez debe aprobar el reconocimiento sólo si responde, a su juicio, a la *verdad biológica*.
- b) El Juez sólo debe aprobar el reconocimiento si es beneficioso a los *intereses del reconocido*."

acorde con el principio de verdad biológica⁵⁸², informador del régimen de la filiación⁵⁸³, y que plantea muchas dificultades y es discutible que el Juez pueda decidir sobre la conveniencia del reconocimiento para el hijo⁵⁸⁴.

⁵⁸² PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 184-185, escribió sobre la verdad biológica, antes de la reforma del Código civil, que "la influencia informadora de este principio, opera de tal modo, que el resultado de la aplicación de una misma norma es, respectivamente, *distinto* según se trate de un caso sumido en el ordenamiento jurídico *catalán*, o en el *común*, debido a la interpretación, distorsión o suspensión que produce el carácter informador y cardinal del principio. Así ocurre en el caso del artículo 133-2 (...), cuando dispone que el reconocimiento de un hijo natural no efectuado en el acta de nacimiento ni en testamento, requerirá para su validez la aprobación judicial y no establece orientación alguna para el Juez acerca de los motivos o elementos que habrá de tener en cuenta para conceder o no tal aprobación. PERE RALUY, pensando en el *Derecho común*, entiende que el Juez "habida cuenta de lo poco propicio que el legislador se ha mostrado a la investigación de la filiación y de la indiferencia del mismo acerca de la correlación entre la filiación real y la filiación legal" deberá atender a la conveniencia del menor. En cambio RIVERO, interpretando el mismo artículo 133-2, pero pensando en el *derecho catalán* y, para el supuesto de un caso subsumido en el derecho del principado, entiende, acertadamente, que respetando el principio de respeto a la verdad biológica y libre investigación de la paternidad, el Juez deberá dirigir su atención al hecho biológico mismo, a la constatación de si el generante verdaderamente es o no el padre. Ambos exégetas tienen razón; y con ello se muestra que un mismo precepto arroja un resultado distinto, según sea el ordenamiento jurídico en que actúa, al ser distintos los principios informadores" El autor sigue diciendo que "en Cataluña, el reconocimiento voluntario al que se refiere el artículo 121, a efectos de legitimación por subsiguiente matrimonio, vale y es eficaz porque constituye un señalado reflejo de la verdad biológica, en virtud de la tantas veces aludida presunción de veracidad del declarante", presunción de certeza de la que goza el reconocimiento "porque siempre se ha considerado que la confesión de un hecho perjudicial -y la paternidad lo es, en atención a la copia [*sic*] y gravedad de las obligaciones que impone" (ob. cit., pág. 182).

⁵⁸³ No faltan, sin embargo, los autores que relativizan la influencia del principio de verdad biológica. Así, BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 356-357, señala que "de la regulación legal y, en concreto, del principio de investigación de la paternidad (y maternidad) (...) deriva un sector doctrinal el principio de veracidad biológica como principio eje (...) a cuyo alrededor ha girado la reforma de 1981 y, por tanto, gira la actual regulación de la filiación. La relevancia del principio es más aparente que real, aunque no pueda ser desconocida su importancia (...) y novedad. La doctrina lo ha convertido en un principio capital quizá como reacción a la situación legal (y jurisprudencial) anterior a la reforma" La relatividad de este principio, sigue diciendo el autor, la pone de manifiesto el legislador, entre otros supuestos, en el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad (art. 121), en el reconocimiento de hijo mayor de edad (art. 123), en el reconocimiento de hijo menor o incapacitado (art. 124, párrafo 1º)..., es decir, "supuestos en los que la determinación de la filiación deriva no de la relación de generación sino del consentimiento (de uno de los progenitores o de ambos o del hijo...) o de éste más algún requisito (aprobación judicial...)". Concluye BLASCO GASCÓ señalando que "en todos estos supuestos quiebra, por tanto, el principio de veracidad o verdad biológica en favor de un principio que podemos llamar de consentimiento o de autorresponsabilidad"

⁵⁸⁴ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, que aporta ambas razones, escribe concretamente que "los tribunales deberán atender para conceder o denegar su aprobación judicial eminentemente a criterios de verosimilitud de la paternidad/maternidad del reconocedor (...), habida cuenta sobre todo, de los principios que informan el instituto de la filiación, y de que determinar cuál sea el interés o lo conveniente para el hijo menor (caso mayoritario) es harto discutible y un juicio de valor que difícilmente puede hacerse anticipadamente y por persona que no sea el propio interesado" Comparte la misma opinión QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 177. Por su parte, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs.

La segunda tesis también se encuentra arropada por distintas consideraciones⁵⁸⁵. Así, su principal valedor, PEÑA, sostiene que "hoy aparece, aún más clara, esta finalidad puramente tuitiva de los intereses del menor o incapaz, en cuanto que, según la Ley, la aprobación judicial tiene función equivalente a la del consentimiento del representante legal"⁵⁸⁶. Y más recientemente, POZO, aunque considera más acertada la primera tesis, aporta varios argumentos a favor de que el Juez sólo debe tener en cuenta los intereses del hijo, argumentos que atienden a la mera audiencia del otro progenitor (posible conocedor de la verdad biológica), no vinculante para el Juez, a la posibilidad de que el otro progenitor no sea

474 a 476, empieza considerando "sumamente discutible" que el interés del reconocido sea "el factor principal que ha de ser tenido en cuenta por el Juez al tiempo de aprobar o rechazar un reconocimiento", y argumenta que "en la medida en que se acoja al principio de veracidad biológica, el interés del hijo no debe ser tomado en consideración más que en casos extremos". Después de analizar la situación anterior a la reforma de la filiación, concluye que "no parece, pues, que ni siquiera antes de modificarse el Código civil estuviese claro que la concesión o denegación de la aprobación judicial hubiera de depender, primordialmente al menos, de que el Juez estimase discrecionalmente si la filiación determinada por el reconocimiento era o no conveniente para el reconocido. En el Derecho vigente, sancionado el principio de veracidad biológica por la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado a las Cortes, el Juez ha de atender ante todo a la mayor o menor verosimilitud de la paternidad o maternidad pretendidas hasta el punto que puede ser admisible, por lo menos en supuestos muy dudosos (por ejemplo, dada la edad del padre o de la madre al tiempo del nacimiento), que el Juez recabe dictámenes periciales o alguna prueba complementaria. Por lo que hace al interés o conveniencia del hijo (...), pienso que sólo si está muy claro que el reconocedor sólo pretende beneficiarse del reconocimiento, el Juez debe negar su autorización"

⁵⁸⁵ Además de los autores que mencionaremos en el texto, se pronuncia también a favor de este criterio GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 439, quien, en general, afirma que el reconocimiento "se somete en ciertos casos, a un control judicial en defensa de los intereses de menores e incapaces, exigiendo la autorización o aprobación del Juez en procedimiento de Jurisdicción voluntaria" Vuelve a recalcar la idea más adelante, añadiendo que se exige como requisito de validez o eficacia del reconocimiento para la protección de los intereses de personas desvalidas -menores o incapaces- (ob. cit., pág. 443).

⁵⁸⁶ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926. PEÑA suscribe la doctrina de la resolución de 9 de septiembre de 1969, según la cual "la finalidad de la aprobación no es <<la de atender al interés público en la legalidad de los títulos inscribibles>> <<sino exclusivamente la de atender al interés y conveniencia del reconocido en tanto que éste, por su edad, no pueda personalmente proveer por sí>>. Le sigue DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 151, quien en base a los mismos argumentos sostiene que "los criterios en que ha de fundarse la decisión del juez se basan y atienden exclusivamente al interés del hijo" GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 446, observa, en el mismo sentido, que "la aprobación judicial tiene el mismo significado que el consentimiento del representante legal, puesto que son requisitos alternativos o subsidiario el uno del otro (...). Consiguientemente, la aprobación judicial tendrá por objeto enjuiciar si el reconocimiento es o no conveniente para el menor. Ello no obsta, para que el Juez pueda enjuiciar la <<veracidad>> del reconocimiento, pero no como materia directa del expediente, sino a través de la conveniencia para el menor".

conocido, a la la imposibilidad de conseguir en vía extrajudicial la verdad biológica, y a las numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros que así lo entienden⁵⁸⁷.

Habiendo expuesto ya el estado de la cuestión, con las aportaciones más recientes, el próximo paso es aclarar nuestra posición.

1.3. Verdad biológica e interés del hijo.

Entendemos que el criterio de la verosimilitud de la filiación es sólo un *prius* exigible para conceder la aprobación judicial, pero que ésta debe tener en cuenta, fundamentalmente, el beneficio que puede reportarle al hijo reconocido la determinación de la filiación. Es decir, el principio de verdad biológica, en el que se asienta la determinación de la filiación por naturaleza⁵⁸⁸, sólo puede operar en esta materia de forma negativa, excluyendo los

⁵⁸⁷ En extenso, estos argumentos de POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 92 y 93, son: "- Si bien el Juez debe conceder audiencia al otro progenitor, el cual conoce con certeza la veracidad o falsedad del reconocimiento, es de destacar que la opinión de tal progenitor no es vinculante para el Juez. Por consiguiente, aunque el otro progenitor afirme que el reconocedor es el padre, el Juez puede no aprobar el reconocimiento.

- Puede ser que el otro progenitor no sea legalmente conocido, con lo que el Juez carecerá de todo elemento de juicio para saber si el reconocimiento es verdadero o falso,

- En todo caso, en la determinación de la filiación en vía extrajudicial, la consecución de la verdad biológica sólo puede ser una justa aspiración, pero carente de resultado práctico. Sólo en vía judicial se puede conseguir tal verdad biológica, y precisamente mediante la práctica de las oportunas pruebas biológicas.

En numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y éste es el argumento más contundente, se reconoce expresamente que la finalidad de la aprobación judicial es sólo atender al interés y conveniencia del reconocido. Así cabe mencionar las resoluciones de 9 de septiembre de 1969, 27 de enero de 1970, 25 de marzo de 1985, 7 de enero de 1988, 13 de abril de 1988, 19 de mayo de 1988, 4 de septiembre de 1990 y 17 de septiembre de 1990".

⁵⁸⁸ Interesa destacar aquí dos conclusiones a las que llega, antes de la reforma del Código civil, PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 183-184, sobre la verdad biológica aplicada al Derecho catalán: "1) El principio de respeto a la verdad biológica (...) significa dar RELEVANCIA JURÍDICA SUFICIENTE Y BASTANTE al hecho biológico de la generación, para conectar así la paternidad jurídica a la natural, sin que sea necesaria una voluntad expresa o tácita del padre tendente a manifestarse como tal. Y se integra en este principio la idea básica de que la constatación de la paternidad no está *tasada* en cuanto a medios probatorios, antes al contrario, el mismo principio lleva ínsita la admisibilidad de toda clase de pruebas y entre ellas la confesión y la afirmación del propio generante. 2) Ello no significa renegar del principio de respeto a la verdad biológica opuesto al voluntarista. Porque se entiende por principio voluntarista el que es significadamente exclusivo y excluyente de otros medios de constatación, es decir, el que -salvo casos excepcionales previstos y tasados- sólo admite la manifestación de voluntad expresa o tácita de querer reconocer, como hecho relevante jurídicamente. Consecuentemente, la admisión como cardinal e informante del principio de respeto a la verdad biológica y de libre investigación de la paternidad, precisamente porque como libre admite toda clase de prueba, no excluye que se constate el hecho biológico también por la presunción de veracidad que se predica de la afirmación del generante. Lo que sería renegar del principio sería excluir este medio de prueba

reconocimientos que son de todo punto imposibles⁵⁸⁹, o, dicho de otro modo, como límite⁵⁹⁰ a la discrecionalidad del Juez al decidir, en base al interés del hijo, si aprueba o no el reconocimiento.

En la determinación extrajudicial de la filiación⁵⁹¹, el principio de veracidad, que

-como en el Derecho común, salvo las excepciones que menciona- al atacar, mediante esta tasa, la libertad probatoria, y traspolar el hecho decisivo jurídicamente de la generación, a la manifestación de voluntad."

⁵⁸⁹ La consecuencia lógica de llevar a sus últimas consecuencias la aplicación o el respeto a la verdad biológica en la determinación extrajudicial de la filiación sería la desaparición de la figura del reconocimiento como medio apto para constatar la filiación, necesitándose en todo caso acudir a un proceso judicial donde quede establecida de manera fehaciente la paternidad. Este problema al que llevaría "el mantenimiento a ultranza de este principio de respeto a la verdad biológica" en palabras de PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 181-182, fue abordado por dicho autor, siguiendo a Puig Ferriol y Roca Trías, estudiando los artículos 4 y 5 de la Compilación catalana: "en efecto, el reconocimiento de hijos naturales - regulado por el Código Civil- podría implicar una constatación meramente voluntarista de la paternidad; y en un sistema como el catalán, en donde es padre quien de verdad lo es, es importante *quien ha generado, no quien dice que ha generado*, lo que puede tener su trascendencia sobretudo en estos reconocimientos de complacencia que a veces acaecen y que no respetan la verdad. Se trataría en suma de sostener o no, que en Cataluña no basta el reconocimiento voluntario sino que, debiéndose verificar la verdad, siempre será necesaria una constatación judicial. Se trataría de sostener, en fin, que el principio de respeto a la verdad biológica, obsta a la aplicación del Código Civil y de los preceptos de la Ley del Registro Civil en cuanto regulan el reconocimiento voluntario ya que, como voluntario no está constatado pues lo que importa -insisto- es la generación y no la voluntad de proclamarla"

⁵⁹⁰ Esta idea, sobre la función limitadora de la verdad biológica cuando se pone en relación con el interés del hijo, aparece en RAYMOND, "Volonté individuelle e filiation par le sang", ob. cit., pág. 558, al comentar el artículo 311.2 del Código civil francés, que otorga al hijo un derecho de opción, según el autor, "chaque fois que la date de sa conception peut entraîner, à l'intérieur du délai legal, une possibilité de choisir sa filiation" Este derecho de opción, que busca el interés del hijo, tiene como límite que "le choix ne doit pas aller à l'encontre de la réalité biologique"

⁵⁹¹ Es en sede de determinación judicial de la filiación donde el principio de verdad biológica despliega toda su eficacia, traducándose en el principio de libre investigación de la paternidad o maternidad. A este respecto, es clarificadora la afirmación de GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 12, de que "el principio de la *libre investigación* de la paternidad / maternidad o principio de *verdad biológica* (...) técnicamente se traduce en la admisión de toda clase de pruebas tendentes a la demostración de la existencia o inexistencia de la relación biológica, y en la adecuada regulación de las acciones de reclamación e impugnación permitiéndolas sin establecer demasiadas trabas a su ejercicio" En cambio, los mismos autores sostienen que "el principio del *favor filii*... se manifiesta, inicialmente, tanto en los medios de determinación de la filiación, sin distinción entre la matrimonial y la no matrimonial, como en las acciones y en el contenido que se otorga a la relación paterno/filial. El *favor filii* se traduce en que siempre debe ser tomado en consideración el beneficio del hijo que prevalece sobre el de los progenitores u otros legitimados para el ejercicio de la acción" (ob. cit., pág. 13). También puede deducirse la única posibilidad de búsqueda de la verdad biológica en vía judicial de la siguiente opinión de GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre el Derecho de filiación...", ob. cit., pág. 237, sobre el reconocimiento de hijo mayor de edad: "el legislador catalán exige también el consentimiento del hijo mayor de edad para que se produzcan los efectos de la filiación no matrimonial; pero buscando que la filiación corresponda a una verdad biológica admite expresamente que cuando el hijo deniegue tal consentimiento el padre o la madre puedan reclamar su paternidad o maternidad mediante el ejercicio de las acciones correspondientes"

efectivamente informa todo el régimen de la filiación, se respeta y sólo vale así interpretado⁵⁹².

La verdad biológica sólo puede alcanzarse plenamente en un proceso judicial ordinario⁵⁹³, con la aportación de toda clase de pruebas positivas o negativas sobre la generación, y ya con esta admisión de la libre investigación de la paternidad y libertad probatoria se garantiza el

⁵⁹² La estricta coincidencia entre filiación biológica y filiación jurídica sólo puede conseguirse cuando se determina judicialmente ésta, más concretamente cuando se practican pruebas biológicas. Pero fuera de un proceso, la verdad biológica sobre la paternidad sólo puede tener una incidencia relativa, porque es imposible averiguarla. Nos parece interesante a este respecto, aunque no se refiere a la aprobación judicial del reconocimiento, la solución que mantiene la ya citada Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de noviembre de 1993. Se trataba de la inscripción de un reconocimiento de paternidad, que contaba con el consentimiento de la madre y representante legal del menor, efectuado por un varón que al tiempo de la concepción no habría cumplido los trece años de edad. El Ministerio Fiscal recurre la decisión del registrador en base a la escasa diferencia de edad entre reconocedor y reconocida, estimando que "la inscripción del reconocimiento requiere en este caso que en el procedimiento judicial oportuno se llegue al convencimiento de la paternidad". El Centro Directivo, después de señalar que un reconocimiento puede ser nulo de pleno derecho (reconocimientos de complacencia), o impugnabile por vicios del consentimiento o por no ser el reconocido hijo del autor del reconocimiento, resuelve que "en cualquier caso es indudable que todas estas contingencias, prescindiendo ahora de la absoluta imposibilidad de la procreación -supuesto distinto al aquí examinado-, escapan a la calificación del encargado, el cual sólo puede enjuiciar la falta de capacidad, las formalidades extrínsecas de los documentos presentados y los obstáculos que surjan del propio Registro".

Esta actitud de la Dirección General de los Registros es más evidente en la también citada Resolución de 22 de diciembre de 1994. Se trataba de la inscripción de unos reconocimientos de paternidad de hijos menores de edad, consentidos por el representante legal de los mismos, aunque con posterioridad habían manifestado, tanto el reconocedor como el representante legal, que los nacidos no eran hijos del autor del reconocimiento. La Dirección General considera que el Encargado del Registro se ha excedido "cuando en el ejercicio de su función calificadora ha exigido frente a un reconocimiento perfecto de filiación la declaración complementaria del autor del reconocimiento de ser el padre biológico de los reconocidos y carecen igualmente de virtualidad en este ámbito las manifestaciones ulteriores de los cónyuges en el sentido de que es otro el padre de los nacidos" (FD 3º), conteniendo la siguiente afirmación general en el fundamento de derecho 4º: "Ha de quedar claro en cuanto al ámbito de la función calificadora del Encargado respecto de la inscripción de un reconocimiento voluntario de filiación que una cosa es que la declaración de voluntad sea en sí misma ambigua o equívoca (cfr. la Resolución de 8 septiembre 1992) -caso en el que pueden y deben realizarse las comprobaciones oportunas para asegurarse de la exactitud de la declaración (cfr. artículo 28 LRC)- y que otra cosa es, como aquí ocurre, que la voluntad de reconocer la filiación esté perfectamente expresada y no sea susceptible de otra interpretación distinta. En este último caso la filiación ha quedado determinada legalmente y es improcedente indagar extrajudicialmente la veracidad, que no la exactitud, de la declaración. Si por esta vía pueden llegar a inscribirse reconocimientos nulos, bien por ser otra la voluntad del autor, bien por faltar a la veracidad biológica, la solución ha de estar actualmente no en la adopción previa de garantías, no exigidas legalmente y contrarias a la presunción general de buena fe, sino en que los legitimados para ello -incluso, en su caso, el Ministerio Fiscal-, ejerciten por la vía judicial la oportuna acción de impugnación de la paternidad (cfr. artículo 140 Código Civil)".

⁵⁹³ FERRANDO, "Filiazione naturale", ob. cit., págs. 760 y 761, señala, preguntándose por la incidencia que puede tener la afirmación de la no veracidad del reconocimiento en la valoración del interés del menor que debe hacer el Tribunal *ex art. 250 del Codice civile*, que "la questione di veridicità del riconoscimento sollevata nel corso del giudizio di opposizione *ex art. 250 c.c.*, (...). Deve invece essere risolta con efficacia di giudicato soltanto dal Tribunale ordinario nel giudizio previsto dall'art. 263 c.c."

principio de verdad biológica⁵⁹⁴ en el régimen de la filiación no matrimonial. Esto unido a que la protección de los intereses del hijo, sobre todo si es menor o incapaz, es otro principio informador del régimen de filiación⁵⁹⁵, nos conduce a la solución apuntada.

Este principio del *favor filii* es el que debe estar presente en la determinación extrajudicial de la filiación, en detrimento de la verdad biológica, mientras que, por el contrario, en sede de determinación judicial el principio preponderante debe ser el de la verdad biológica, que se traduce en la libre investigación de la paternidad⁵⁹⁶, sin que deba tenerse en cuenta el beneficio del hijo a la hora de determinar por sentencia su filiación⁵⁹⁷, pues la protección de sus intereses puede arbitrarse a través de otros medios, como el apartamiento del progenitor de las funciones tuitivas. En un proceso judicial se investiga el hecho histórico,

⁵⁹⁴ Esta idea está presente en PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 183, quien, siguiendo a Puig Ferriol y Roca Trías, sostuvo que "el respeto a la verdad biológica queda garantizado por lo dispuesto en el artículo 5º de la Compilación, al permitir la impugnación de la filiación".

⁵⁹⁵ Compartimos plenamente, a pesar de la afirmación de DE LA CÁMARA, ya señalada (vid. *supra* nota 584) de que sólo en casos excepcionales primará el interés del hijo, y por lo que respecta a la determinación extrajudicial de la filiación, la opinión de SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 253, de que "la actual reforma del Derecho de filiación trata de proteger siempre los intereses del hijo". También incluye la protección del interés del menor entre los principios básicos de la reforma de 1981, junto a la no discriminación y la verdad biológica, PRIETO FERNÁNDEZ, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente", en *Actualidad Civil*, 1991, nº 9, pág. 141, situándolo incluso en una jerarquía superior: "el principio de investigación de la paternidad se ha elevado en nuestra jurisprudencia al rango de derecho primigenio, utilizado sobre todo para defender el derecho que se considera más digno de protección: el del hijo" (ob. cit., pág. 139); "se ha perfilado así, en los últimos años, un criterio jurisprudencial superador de rigidices formales en aras de la verdad material, y defensor ante todo del interés del hijo" (ob. cit., pág. 140).

⁵⁹⁶ Para el régimen catalán anterior a la reforma, presidido también por el principio de verdad biológica, PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 193, señaló que "el régimen de libre investigación de la paternidad vigente en Cataluña, representa pues, el respeto a la verdad biológica, y la libre utilización de toda clase de pruebas, tanto las presunciones como todas las demás, y las periciales biológicas para establecerla o combatirla".

⁵⁹⁷ No compartimos, por tanto, la tesis de que el interés del hijo es de carácter preferente en los procesos de filiación, por lo menos a la hora de determinar la filiación, y que mantiene PRIETO FERNÁNDEZ, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente", ob. cit., pág. 143, al afirmar que "el principio de la protección del interés del hijo, de defensa de su vida familiar actual, de su afectividad, en torno al cual gira la nueva regulación del Derecho de familia (...) y que es además el eje de las posiciones jurisprudenciales mayoritarias, hacen defendible una sentencia desestimatoria del caso en concreto, independientemente de que se considere probada la posesión de estado, un vínculo biológico o cualquier otro medio de determinación de la paternidad".

objetivo, de la paternidad o maternidad, sin que quepa introducir elementos subjetivos en esta investigación⁵⁹⁸.

Pero nuestra tesis hay que fundamentarla, aportando algún argumento más a los ya señalados, y que compartimos, de los autores que defienden esta solución. Empecemos por señalar las objeciones que pueden hacerse a los autores que defienden que el Juez sólo puede tener en cuenta criterios de verosimilitud de la paternidad.

La primera se deriva del procedimiento en el que se concede o no la aprobación judicial. ¿Hasta dónde puede llegar el Juez, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria como es el contemplado para la aprobación del artículo 124 C.c., en su investigación de la verosimilitud de la paternidad/maternidad?⁵⁹⁹ A nuestro entender, sólo podría comprobar datos

⁵⁹⁸ En Italia se planteó esta cuestión en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1987, núm. 193 (*Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1988, I, págs. 7 y ss.), a raíz de la atribución a los Tribunales de Menores (*Tribunale per i minorenni*) de la competencia para juzgar sobre la declaración de paternidad o maternidad regulada en el art. 269 del C.c. italiano en el caso de menores de edad, discutiéndose igualmente si el interés del menor debía ser tenido en cuenta a los efectos del art. 274, párrafo 1º, C.c. sobre admisibilidad de la acción. La decisión del Tribunal Constitucional italiano conforme con la constitucionalidad de dicha competencia fue criticada, con variados argumentos, por PUCCINI, "Criterio di ragionevolezza e competenza del tribunale per i minorenni in materia di dichiarazione di paternità o maternità naturale", en *Il Foro Italiano*, 1988, II, págs. 2086 y ss. Siguió, no obstante, la misma línea el Tribunal Constitucional italiano en la Sentencia de 20 de julio de 1990, núm. 341 (*Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, págs. 796 y ss.), al declarar que debía tenerse en cuenta el interés del hijo como uno de los criterios mencionados en el art. 274 para admitir la demanda, doctrina que también fue criticada por AMBROSINI, "Dichiarazione giudiziale di paternità ed interesse del minore", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, págs. 1083 y ss. Sobre la competencia de los *Tribunale per i minorenni* para declarar la paternidad, DE ANGELIS, "La legge 4 maggio 1983 N. 184 sull'adozione e l'affidamento dei minori, nella sua applicazione concreta", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1989, pág. 755, señaló que de manera inesperada e inexplicable les fue atribuida esa competencia por el legislador de 1983, hasta entonces asumida satisfactoriamente por los Tribunales ordinarios, lo que provocó confusión ante la posible relevancia del interés del menor a los efectos de los arts. 269 y 274 del C.c.

⁵⁹⁹ PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 198, y para el Derecho catalán, parece que encomienda la investigación de la paternidad al juez encargado de aprobar, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, el reconocimiento de un menor, debiendo denegar la aprobación si le consta que es de complacencia o contrario a la verdad, pues el principio de libre investigación de la paternidad desplegaría sus efectos de modo general, también en la aprobación judicial del reconocimiento de un menor. RIVERO, "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", ob. cit., pág. 254, por su parte, mantenía también antes de la reforma de la filiación en 1981 que la aprobación judicial debería ser "expresión de la convicción a que ha llegado el órgano jurisdiccional de la paternidad del reconocedor; porque entiendo que sólo debe denegarse la aprobación en el caso en que el expediente de jurisdicción voluntaria que se instruirá, con audiencia del Ministerio Fiscal u de cuantos interesados (incluidos, reconocedor, madre, hijo si tuviese edad

o aspectos manifiestos de la relación de filiación, como que la edad del reconocedor al tiempo de la concepción era adecuada para procrear, o que la diferencia de edad entre reconocedor y reconocido permite que sea posible esa paternidad/maternidad⁶⁰⁰. Si el Juez pudiera investigar más, se correría el riesgo de desnaturalizar la figura del reconocimiento como título extrajudicial de determinación de la filiación. Teniendo presente esta naturaleza del reconocimiento, no se puede mantener que el Juez debe tener en cuenta que "el reconocimiento responda a la verdad biológica"⁶⁰¹, porque, ¿cómo puede comprobar el juez que el reconocimiento responde a la verdad biológica?⁶⁰² Según parece deducirse de la opinión entrecomillada, el Juez sólo concedería la aprobación si el reconocimiento responde a la verdad biológica, no cuando puede ser cierto sino cuando efectivamente lo es y así lo ha comprobado.

idónea...), puedan deponer, hayan aparecido motivos suficientes para dudar de la paternidad de quien pretende reconocer. Acreditada la paternidad en cuestión, o al menos que es verosímil de acuerdo con los datos proporcionados al Juzgado según los criterios normales del razonar humano (prácticamente los mismos que en un juicio declarativo permiten deducir esa misma paternidad: cohabitación, nacimiento dentro de ciertos plazos...), estimo que no puede ser negada la aprobación judicial, que sería tanto como crear un obstáculo insalvable para el establecimiento de una relación jurídica, la paterno-filial, cuando ha quedado acreditado que existe la relación biológica"

⁶⁰⁰ Se refiere a este tipo de comprobación de la verdad biológica en materia de reconocimiento, RAYMOND, "Volonté individuelle e filiation par le sang", ob. cit., pág. 554, cuando escribe que "il suffit d'une déclaration à l'officier de l'état civil que celui-ci ne peut refuser d'enregistrer sauf si la déclaration révélait par elle-même le caractère mensonger (par exemple si la différence d'âge entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant était inférieure à douze ans). L'officier de l'état civil n'est pas juge de la véracité de la reconnaissance". Aunque esta afirmación encuentra su plena adecuación en el Derecho francés, que no exige ningún requisito complementario, aparte de la voluntad del reconocedor, para dotar de eficacia al reconocimiento, creemos que igualmente es trasladable a nuestro Derecho, pues el Juez, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tampoco puede juzgar sobre la veracidad del reconocimiento.

⁶⁰¹ GARCÍA ZARANDIETA, "La filiación y el Registro Civil", ob. cit., págs. 14-15, "ya que el legislador se ha mostrado decidido en el punto de la correlación entre filiación biológica y legal (arts. 106, 112, 127 y 139 del Código Civil)".

⁶⁰² Salvo que se practiquen pruebas biológicas, en el resto de los casos en que quede determinada una filiación operan presunciones de veracidad. En este sentido, PINTÓ RUIZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 187, después de afirmar que "la constatación directa del hecho que genera la paternidad es propiamente imposible", señala que la necesidad de publicidad de las relaciones paterno-filiales "ha obligado al Derecho a crear diversos sistemas de constatación indirecta, empleando en especial el mecanismo presuntivo desde la presunción de veracidad en el declarante que manifiesta ser el padre (declaración o manifestación de voluntad), hasta otras que mediante el oportuno enlace lógico pretenden inducir la determinación del sujeto masculino del hecho biológico generante".

Estaríamos ante una determinación judicial de la filiación, ante una auténtica investigación de la paternidad⁶⁰³, no ante una determinación de la filiación por reconocimiento⁶⁰⁴.

Por supuesto, si en el trámite de la aprobación aparecen indicios que hagan más verosímil el reconocimiento (convivencia entre los progenitores en la época de la concepción, posesión de estado, etc.), deberán ser tenidas en cuenta, e influirán en el ánimo del Juez⁶⁰⁵, pero si no las hay, y no cabe exigir las porque no estamos ante un proceso judicial de reclamación de la filiación, igualmente el Juez tendrá que decidir si concede o no su aprobación en base a otros criterios, pues no puede negarla automáticamente si no se prueba la veracidad del reconocimiento. Como decimos, el requisito de la aprobación judicial, que se

⁶⁰³ BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 355, sostiene que "el Código civil no prevé una acción de investigación autónoma e independiente de las acciones de filiación, sino que posibilita, en el art. 127, la investigación de la paternidad y de la maternidad en los juicios sobre filiación (reclamación e impugnación)", y que el legislador sólo permite la investigación de la paternidad y de la maternidad en los juicios sobre filiación y previa presentación de un principio de prueba.

⁶⁰⁴ La consecuencia inmediata de esta comprobación extrajudicial de la veracidad del reconocimiento sería la imposibilidad de impugnación del reconocimiento por ser contrario a la verdad biológica. Los efectos del reconocimiento serían similares a los de la sentencia firme. Esto es lo que se establecía en la propuesta de reforma del art. 250 del Código civil italiano, presentada en el Senado en 1990, con el fin de evitar que se instrumentalizase el reconocimiento para eludir los trámites de la adopción. Se pretendía añadir tres párrafos a dicho artículo: en el primero se exigía la autorización judicial del reconocimiento efectuado por persona casada de hijo menor de dieciséis años, no reconocido por el otro progenitor, <<previo accertamento della veridicità del riconoscimento che s'intende effettuare>>; en el segundo se preveía el acogimiento provisional del menor reconocido después de solicitar la autorización y <<dopo l'inizio delle operazioni necessarie per la perizia ematologico-genetica>>, para acabar diciendo el tercero que <<Il riconoscimento espressamente autorizzato, previo accertamento della sua veridicità, non può essere impugnato a norma dell'articolo 263>>, artículo éste último que permite la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad (*Vid* Senato della Repubblica - Disegno di legge n. 2323 comunicato il 21 giugno 1990, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, págs. 1418 y ss.).

⁶⁰⁵ Por ejemplo, la existencia de posesión de estado, que conlleva una relación efectiva, social, de filiación, no sólo aumenta las probabilidades de que se reconozca una filiación verdadera sino que puede probar que el reconocimiento es beneficioso para el hijo: aprobando el reconocimiento se dotaría de plena eficacia jurídica una relación ya vivida en la realidad social. Es lo que, según FERRANDO, "Filiazione naturale", ob. cit., pág. 759, entiende la jurisprudencia italiana, y la propia autora (*vid* "L'interesse del minore nel riconoscimento del figlio naturale", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, pág. 188), cuando tiene que valorar si el segundo reconocimiento del hijo menor de dieciséis años responde al interés del hijo (reconocimiento que está sometido al consentimiento del otro progenitor o al del Tribunal de menores si el reconocedor recurre, por no responder al interés del menor, la decisión de dicho progenitor): "in giurisprudenza generalmente si ritiene sussistere un tale interesse non quando il riconoscimento instauri un mero vincolo formale, ma quando attribuisca pubblica certezza ad un rapporto di filiazione già vissuto come tale".

desenvuelve en un procedimiento de jurisdicción voluntaria⁶⁰⁶, no supone reclamar la filiación, proceso que se resolvería desestimando la pretensión del actor por falta de pruebas, sino que es una exigencia legal para que el reconocimiento, medio de determinación extrajudicial de la filiación, sea eficaz.

La segunda objeción que cabe hacer es que si el Juez sólo puede tener en cuenta criterios de verosimilitud, tal y como han quedado definidos en la primera parte de nuestro anterior razonamiento, queda bastante desprotegido el menor o incapaz, porque siempre que sea posible la paternidad/maternidad (por la edad, rasgos raciales, etc.) se dará la aprobación judicial, siendo más rentable para los reconocedores acudir a la aprobación judicial y no al consentimiento del representante legal, que sí tendrá en cuenta, al menos se le exige que lo tenga, el interés del menor o incapaz. Si partimos de la alternatividad entre consentimiento y aprobación judicial, es decir, de la libertad de elección, recibirían un trato de favor los reconocedores que se dirigen directamente al Juez.

Por otra parte, creemos que los criterios que debe tener en cuenta el Juez para aprobar el reconocimiento de un menor o incapaz dependen de cuál sea el fundamento de la exigencia de requisitos complementarios para la eficacia de un reconocimiento de filiación. Esta relación nos obliga a desarrollar también aquí nuestra opinión sobre cuál puede ser ese fundamento.

El secreto que envuelve toda paternidad obliga al legislador a arbitrar medios que revelen esa paternidad oculta para poder determinarla legalmente, entre ellos medios de

⁶⁰⁶ En la doctrina italiana se ha manejado este argumento, basado en la naturaleza no contenciosa del juicio al que puede acudir el reconocedor en caso de que el progenitor del menor de dieciséis años no preste su consentimiento, para negar la posibilidad de entrar a valorar la veracidad o no del reconocimiento. Así, CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., pág. 669, señala que "è un giudizio, pertanto, che, per il giudice cui è deferito e per la procedura con cui si svolge, non ha nulla in comune con l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, che va proposta avanti al giudice ordinario e si svolge con le modalità dei giudizi contenziosi. Si deve pertanto escludere che la pronunzia del tribunale dei minorenni possa avere un qualsiasi significato circa la veridicità del riconoscimento"

determinación extrajudicial como el reconocimiento voluntario. En cuanto a la maternidad, también puede ser desconocida, aunque tenga su reflejo externo en el parto, y por ello puede ser necesario algún medio que la pruebe, como el reconocimiento. Teniendo esto presente, y considerando que la paternidad y la maternidad por naturaleza son ante todo hechos biológicos, pues en base a este dato la Ley distingue entre filiación por naturaleza y filiación por adopción (art. 108 C.c.), cabe concluir que cuando el legislador establece medios de determinar extrajudicialmente la filiación por naturaleza, la paternidad y la maternidad naturales, debe presumir⁶⁰⁷ que esos medios prueban ese hecho biológico que la distingue de la filiación adoptiva. Sería contradictorio con el concepto de filiación por naturaleza que prevé el propio ordenamiento no entender que el legislador presume, al menos, ya que no es posible una certeza absoluta, que la filiación determinada extrajudicialmente coincide con la filiación real. Más específicamente, decimos que el legislador presume que la filiación reconocida coincide con la realidad biológica porque lo que se va a determinar legalmente, en virtud del reconocimiento y por efecto de la propia Ley, es una filiación natural o por naturaleza, que, a diferencia de la adoptiva, tiene su fundamento en la concordancia entre Naturaleza y Derecho. Y es una mera presunción porque extrajudicialmente, a través de un medio de

⁶⁰⁷ Entendemos que toda determinación legal de paternidad, salvo, quizá, la que, en virtud de sentencia, se fundamente en el resultado positivo de la práctica de pruebas biológicas, se basa en una presunción de paternidad. Seguimos, por ello, la tesis propugnada, de forma general, por RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, ob. cit., págs. 264 y 265, de que "en la base de toda atribución de paternidad, legal o judicial, legítima o ilegítima, hay siempre una presunción de paternidad: presunción legal si aquella aparece dictada, prevista o impuesta, explícita o implícitamente, por la Ley; presunción de hecho (o judicial), cuando no ocurre así (especialmente en aquellos casos en que la declaración de paternidad se hace por sentencia judicial)". Encontramos también esta misma idea, aplicada concretamente al reconocimiento, en algunas afirmaciones de ALBALADEJO, "Contenido, naturaleza y caracteres del reconocimiento de la filiación natural", en *Revista de Derecho Norarial*, 1953, págs. 153 y ss.: cuando se realiza una afirmación de paternidad, el Derecho "presume que responde a la realidad, salvo prueba en contrario" (ob. cit., pág. 159); "en el reconocimiento el reconocedor da a conocer su paternidad biológica, y el Derecho, que presume exacta su afirmación, edifica sobre ella la paternidad jurídica" (ob. cit., págs. 159-160); "del reconocimiento se deriva una presunción: la de la verdad de la filiación declarada, presunción que es, a su vez, fundamento de la validez del reconocimiento" (ob. cit., pág. 178); "queda excluido que tanto el reconocimiento como la declaración de paternidad que encierra sean meros medios de prueba en el sentido procesal, aunque, por presumirse, en principio, verdad lo declarado, *constata* la filiación biológica (a la par que *crea* la filiación jurídica)" (ob. cit., pág. 188).

determinación extrajudicial de la filiación como es el reconocimiento, no puede conseguirse una prueba plena o indiscutible de la certeza de la filiación, carácter que sólo tienen las pruebas biológicas practicadas en un proceso judicial si se reclama dicha filiación natural.

Esta presunción de veracidad⁶⁰⁸ que el ordenamiento otorga a todo reconocimiento, como presunción *iuris tantum* que es al admitirse la libre investigación de la verdadera filiación mediante todo tipo de pruebas (art. 127 C.c.), sólo puede destruirse en el juicio ordinario correspondiente impugnando la filiación reconocida por no corresponder con la verdad biológica. En el juicio correspondiente se pueden aportar todas las pruebas a las que se refiere el artículo 127 C.c., pero fuera de él no se puede atacar esa presunción legal de veracidad implícita en todo reconocimiento, salvo que el reconocimiento en realidad no goce de ella, lo que ocurrirá cuando sea evidente, por ejemplo por la escasa diferencia de edad entre reconocedor y reconocido, que el reconocimiento no se corresponde con la realidad: la presunción de veracidad del reconocimiento tiene su razón de ser en la imposibilidad, *a priori*, de saber con certeza si es o no verdadero; si resulta evidente que no lo es, desaparece el fundamento de la presunción⁶⁰⁹, y con ello el fundamento de la filiación por naturaleza que es lo que se pretende determinar.

Además, es razonable suponer que el Derecho presume que todo reconocimiento es veraz porque, como regla general (los reconocimientos de complacencia son la excepción), la persona que reconoce un hijo lo hace porque cree (o sabe, si se trata de la madre) que ese hijo

⁶⁰⁸ Presunción de veracidad o de paternidad *legal* porque se deduce de la propia Ley. En este sentido se pronuncia RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, ob. cit., pág. 265: "presunción de paternidad legal también, implícita ahora, hay en mi opinión, en la atribución de paternidad que la Ley, y sólo la Ley, no la voluntad del hombre, vincula al reconocimiento del hijo natural"

⁶⁰⁹ La técnica legislativa de las presunciones es, según RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, ob. cit., pág. 319, una "técnica inductiva que llega a lo desconocido, partiendo de lo conocido, a través de un proceso de razonamiento lógico basado en máximas de experiencia y en el principio de normalidad". Por tanto, no tiene sentido hablar de "presunción" cuando, por resultar evidente la no paternidad, no hay ningún hecho desconocido que pueda presumirse.

es suyo: lo normal es que la persona que reconoce sea el verdadero progenitor, de ahí el establecimiento de una presunción que se basa, como cualquier otra, en "máximas de experiencia y en el principio de normalidad"⁶¹⁰. Por esta razón el legislador concede al reconocimiento el valor de servir de título de determinación legal de la filiación no matrimonial, le concede el efecto fundamental de determinar la filiación sin necesidad de acudir a un proceso judicial. Creemos, pues, que la verdad biológica, la presunción de veracidad en que se traduce este principio informador de la filiación natural en el caso del reconocimiento voluntario y formal, se proyecta sobre la eficacia⁶¹¹ del reconocimiento, justificando que la voluntad del presunto progenitor (puede o no ser el verdadero progenitor) pueda "determinar" (en realidad, sólo inicia el proceso de determinación de la filiación, que es un efecto legal) la filiación.

Ahora bien, si el legislador presume que el reconocimiento es veraz, y la verdad biológica es el fundamento de la filiación por naturaleza, ¿por qué somete su eficacia a requisitos complementarios, es decir, a la voluntad de otras personas distintas del reconocedor? ¿Para controlar esa veracidad que, entendemos, presume, o para dar entrada en la determinación de la filiación al otro sujeto de la relación paterno o materno-filial, es decir, al hijo y sus intereses? Con estas preguntas entramos de lleno en el fundamento de los requisitos complementarios que establece la Ley en los artículos 123, 124 y 126 del Código civil, requisitos que se proyectan, como la presunción de veracidad, sobre la eficacia del reconocimiento.

⁶¹⁰ RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, ob. cit., pág. 319.

⁶¹¹ Aunque aquí no podemos profundizar en esta tesis, creemos que la incidencia de la verdad biológica en la eficacia del reconocimiento, y no en su validez, puede tener relevancia en el tratamiento de la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad: lo que se impugnaría, si se alega la no correspondencia entre verdad biológica y reconocimiento, serían los efectos del reconocimiento, es decir, la filiación ya determinada, y no el medio por el que se determinó.

Para defender la primera alternativa, se podría argumentar que en realidad el reconocimiento no goza de tal presunción de veracidad, y serían las personas cuyo consentimiento o aprobación se requiere para la eficacia del acto las que garantizarían esa veracidad. En el caso concreto de la aprobación judicial, podría pensarse que el Juez debe asegurar que el reconocimiento coincide con la verdad biológica porque no se presume que sea así. Las objeciones que se pueden oponer a esta argumentación son: en primer lugar, que, en todo caso, como creemos haber demostrado, el legislador presume que el reconocimiento responde a la realidad; en segundo lugar, que desde luego no ofrece garantías de ningún tipo, en cuanto al respeto a la verdad biológica, la intervención de las personas cuyo consentimiento se exige, que pueden desconocer incluso (sólo la madre, y no siempre, puede saber si el reconocimiento es verdadero) si coincide o no el reconocimiento con la realidad, y que defenderán ante todo, como regla general pues no puede controlarse su decisión, sus propios intereses, coincidan o no con el respeto a la verdad; por último, en cuanto a la aprobación judicial, objeto de estudio en este epígrafe, un control de la veracidad del reconocimiento que vaya más allá de lo estrictamente necesario para saber si al menos es posible que sea cierta la paternidad o la maternidad, supondría una investigación de la paternidad que sólo puede realizarse en un proceso judicial ordinario, contradictorio, con las máximas garantías, y no en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

También se podría defender la primera alternativa señalada aduciendo que, aunque se presume que el reconocimiento es cierto, los consentimientos o la aprobación judicial son necesarios para comprobar que, efectivamente, hay correspondencia entre filiación reconocida y filiación biológica. Aparte de las objeciones que ya hemos visto anteriormente, acerca de los consentimientos de otras personas y de los límites de la actuación del Juez en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, se puede desmontar la defensa, por lo que a la

aprobación judicial se refiere, considerando que se estaría destruyendo una presunción legal, fuera de juicio y sin las exigidas garantías, si no se concediese dicha aprobación por defecto de veracidad.

Por todo ello, creemos que el fundamento de los requisitos adicionales de eficacia que exige el Código civil, también la aprobación judicial, es la defensa, no de la verdad biológica, que se presume, sino del interés del hijo (o de sus descendientes en el supuesto del artículo 126 C.c.), pues lo que pretende la Ley en última instancia es que intervengan en la determinación legal de la filiación por medio de reconocimiento los dos sujetos de la relación paterno o materno-filial. Siendo imaginables sólo dos posibles fundamentos, descartado el de la garantía de la veracidad sólo nos queda el del interés, que es el que se deduce además de otras consideraciones. Si el requisito complementario de eficacia es el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, lo que se tratará de conseguir será, por tanto, la protección de los intereses del hijo menor o incapacitado.

Otro argumento a favor del interés del hijo como criterio a tener en cuenta para conceder o denegar la aprobación judicial es el sistemático, relacionando la aprobación judicial tanto con el otro requisito previsto por el párrafo primero del artículo 124 C.c. para que sea eficaz el reconocimiento de hijo menor o incapaz, como con el resto de los preceptos que regulan la eficacia del reconocimiento como título de determinación extrajudicial de la filiación.

Por una parte, si se ha mencionado como alternativo el consentimiento del representante legal y éste, pues tal es su función, defiende los intereses del menor o incapaz, también el Juez debe tener en cuenta estos intereses a la hora de conceder o denegar su aprobación. Y a la misma conclusión se llega aunque se considere que la aprobación judicial

es meramente subsidiaria, pues en ese caso el Juez actúa sustituyendo al representante legal del menor o incapaz, por no existir éste o por no consentir el reconocimiento: si sustituye a quien debe obrar siempre en interés del menor o incapacitado, su actuación debe igualmente basarse en este interés.

Por otra parte, la regulación establecida por el Código en cuanto a la determinación legal de la filiación por reconocimiento se basa en la voluntad de las personas directamente implicadas en la relación filial, dando entrada, por tanto, a los intereses respectivos de todas ellas. Si se reconoce a un hijo mayor de edad y capaz, será éste quien decida, en función del interés que puede depararle la relación paterno/materno-filial de la que es uno de los sujetos, si la filiación queda determinada o no en virtud del reconocimiento. Si se reconoce a un hijo ya fallecido, serán sus descendientes, que también valorarán si les beneficia o no el reconocimiento, quienes decidan si éste es eficaz o no. Si el sujeto pasivo del reconocimiento es un menor o incapacitado, será la persona que actúa por él, ya sea el representante legal o el Juez, la que deba defender sus intereses, consintiendo o aprobando el reconocimiento, es decir, dándole eficacia, si coincide con aquéllos.

Conectando lo anterior con la eficacia automática, aunque provisional, que se concede a los reconocimientos efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento (art. 124, párrafo segundo, C.c.), se puede extraer la regla de que en los supuestos en que el presunto progenitor reconoce pasado ese período de tiempo, tiempo en el que se debería reconocer en todo caso por la obligación que compete a todo progenitor, se entiende que lo hace cuando a él le interesa o conviene⁶¹², por lo que sólo quedará determinada la filiación cuando el otro sujeto de la relación de la filiación considere que también le interesa o

⁶¹² No siempre será así, pues es posible que no haya reconocido antes por ignorancia o desconocimiento de la filiación o por imposibilidad.

conviene.

Por último, no se puede desconocer el principio general de protección de los menores o incapacitados que informa nuestro ordenamiento, tras las últimas reformas del Derecho de Familia. Cuando se trata de la toma de decisiones que afectan a menores o incapacitados, siempre ha de buscarse la medida más protectora para ellos, más beneficiosa, pues necesitan de esta protección. Este principio se ha recogido en el artículo 11, apartado 2, de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a cuyo tenor <<Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor>>.

Queremos acabar este apartado con un ejemplo o supuesto concreto de la incidencia real, en la práctica, que puede tener la postura que se mantenga acerca de los criterios a tener en cuenta por el Juez a la hora de aprobar el reconocimiento. Lo tenemos cuando, en palabras de QUESADA GONZÁLEZ⁶¹³, se trata de decidir "si el Juez debe aprobar el reconocimiento de un menor o menor o incapaz (...) hecho por un varón cuando sabe que la madre cohabitó con otros hombres en la época de la concepción resultando por ello dudosa la paternidad de aquél". Desde nuestro punto de vista, basta que sea posible la filiación biológica para que el Juez apruebe el reconocimiento si éste es beneficioso para el hijo, por lo que será irrelevante la pluricohabitación de la madre⁶¹⁴: el Juez, en la jurisdicción voluntaria, no investiga la realidad biológica de la filiación, sino la conveniencia del reconocimiento para el menor o

⁶¹³ *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, ob. cit., pág. 175.

⁶¹⁴ QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación de la filiación*, ob. cit., pág. 175, cita la opinión de Frank al decir que "sería contrario a toda lógica que el representante del hijo (...) hiciera depender el consentimiento al reconocimiento de factores biológicos"

incapaz. La existencia de esa pluricohabitación de la madre afecta o incide en la verdad biológica, pero no en el interés del hijo, pues, al margen de que el verdadero padre pueda ser otro, también cabe la posibilidad de que el reconocedor sea el padre real, y ha de darse relevancia, porque estamos en el ámbito de determinación extrajudicial de la filiación, a esa admisión de la propia paternidad si es beneficiosa para el hijo. Pero si se entiende que el Juez debe atender fundamentalmente a la verdad biológica, desde el momento en que se pone en duda la coincidencia entre reconocimiento y realidad debe denegarse la aprobación judicial⁶¹⁵.

1.4. Concreción del interés del hijo menor o incapacitado.

Si hemos mantenido que el interés del hijo menor de edad o incapacitado es lo que debe tener en cuenta el Juez para conceder o denegar su aprobación, con el límite señalado de la posibilidad de la filiación, habrá que estudiar en qué consiste este interés. Cuestión problemática, no sólo porque habrá que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino porque el mismo concepto de "interés del hijo" en un concepto jurídico indeterminado⁶¹⁶. Estas dificultades impiden dar soluciones rotundas o taxativas⁶¹⁷, por lo que únicamente expondremos algunas ideas surgidas al hilo de la reflexión sobre el tema.

⁶¹⁵ Esta es la postura de QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación de la filiación*, ob. cit., pág. 177: "lo mejor es, cuando sea conocida la pluricohabitación de la madre por el Juez, que éste procure que la paternidad se establezca en un juicio contradictorio, en el que se determinará de una vez por todas con las máximas garantías en bien del hijo" Parte la autora, para llegar a esta conclusión, de que "los falsos reconocimientos -considerando que lo son aquellos en que se sabe que el reconocedor no es el verdadero progenitor o se duda de que lo sea por la pluricohabitación de la madre- no deberían ser aprobados por el Juez aunque en principio puede parecer que son lo mejor para el hijo. De un lado, porque cada institución (creada por y para algo) tiene su propia finalidad, que debe ser respetada. Y, de otro, porque consentir un falso reconocimiento puede resultar a la larga perjudicial para el hijo, si tras cierto tiempo las relaciones entre la madre y el falso o dudoso padre se deterioran, pues ello puede repercutir desfavorablemente sobre el hijo"

⁶¹⁶ Esta indeterminación es lo que ha permitido, según FERRANDO, "Filiazione naturale", ob. cit., pág. 759, que en Italia se hayan dado interpretaciones diversas de la norma que recoge el art. 250 del Codice civile, en el que el interés del hijo está expresamente recogido.

⁶¹⁷ Si queremos dejar sentado que, aunque no resuelve el problema, coincidimos con POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 99, en que "el Juez ha de tener en cuenta, más que los intereses de tipo patrimonial, los de tipo moral, psicológico e, incluso, sociológico", es decir, debe valorar la incidencia de la determinación de la filiación en la persona y la vida cotidiana del hijo.

Referencia obligada, que puede resultar de gran ayuda, es la doctrina y jurisprudencia italianas, que han debido detenerse en el estudio de este concepto por la especial redacción de los párrafos tercero y cuarto del artículo 250 del Codice civile⁶¹⁸, distinta a la de nuestro artículo 124 C.c. El criterio del interés del hijo se recoge expresamente como determinante de la intervención y de la decisión de la autoridad judicial: si el progenitor que debe consentir el reconocimiento no lo hace en contra del interés del hijo, el reconocedor puede acudir al Juez para que éste decida, consecuentemente, si el reconocimiento revierte o no en interés del hijo⁶¹⁹ menor de dieciséis años.

Entre las aportaciones doctrinales más relevantes, destaca la de FERRANDO⁶²⁰, que recoge tres interpretaciones que se han dado al concepto de "interés del hijo". Para la primera, no sólo es necesario, para que concurra este interés, que el reconocimiento no sea perjudicial para el hijo, sino que además debe representar un concreto beneficio, ya sea moral o material. Según la segunda interpretación, el interés del hijo se relaciona con el ejercicio de la patria potestad: no concurre cuando el perjuicio que puede causarle el reconocimiento sería relevante para la "decadenza della potestà genitoriale"⁶²¹. Por último, se ha interpretado también que todo

⁶¹⁸ <<Il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i sedici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

Il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio. Se vi è opposizione, su ricorso del genitore che vuole effettuare il riconoscimento, sentito il minore in contraddittorio con il genitore che si oppone e con l'intervento del pubblico ministero, decide il tribunale con sentenza che, in caso di accoglimento della domanda, tiene luogo del consenso mancante>>.

⁶¹⁹ CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., pág. 669, dice expresamente que el juicio previsto en el párrafo cuarto del art. 250 "ha per oggetto la valutazione dell'interesse del figlio"

⁶²⁰ "Filiazione naturale", ob. cit., págs. 759-760.

⁶²¹ FERRANDO alude también a esta relación entre establecimiento de la filiación y relación paterno-filial que conlleva el ejercicio de la patria potestad, en otro trabajo, "L'interesse del minore nel riconoscimento del figlio naturale", ob. cit., pág. 191: "identificato infatti tale interesse in quello ad intrattenere rapporti personali soltanto con genitori disponibili sul piano affettivo, lo si è poi perseguito intervenendo non sulla disciplina del rapporto di filiazione, ma ancor prima su quella dell'atto di accertamento della filiazione. A questo principio ne corrisponde un altro: una volta che la filiazione sia accertata, tale accertamento è incondizionatamente produttivo

reconocimiento, en principio, y salvo prueba en contrario, se corresponde con el interés del hijo⁶²².

De estas tres interpretaciones, la que parece más interesante, por concreta, es la segunda, es decir, la que vincula la aprobación judicial del reconocimiento con el ejercicio de la patria potestad por parte del reconocedor, una vez determinada su filiación. Hay que tener en cuenta que si se determina la filiación en virtud del reconocimiento, y por tratarse el reconocido, en la mayoría de los supuestos previstos por el artículo 124 C.c., de un menor de edad, sometido, en principio, a la patria potestad de sus padres, la consecuencia inmediata de esta determinación será el desempeño por parte del reconocedor de las funciones tuitivas (cfr. art. 154 C.c.), que conllevan una serie de deberes como los de velar por el hijo, educarlo y procurarle una formación integral, o representarlo y administrar sus bienes. Si el Juez llega a la convicción de que alguno de estos deberes no se cumplirán de manera correcta o adecuada para el menor, cabría entender que está actuando en interés del hijo si no aprueba el reconocimiento. Sería un juicio *a priori* del ejercicio de la patria potestad, como lo es *a posteriori* el previsto en el artículo 170 C.c., que permite privar de la patria potestad al padre o a la madre por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

degli effetti che per legge ne discendono nella serie dei rapporti personali, patrimoniali e di ogni altro rapporto".

⁶²² Así lo entiende LOJACONO, "Alcuni rilievi sul nuovo testo dell'art. 250, comma 4, c.c.", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, pág. 911: "Non v'ha dubbio che, ai sensi della espressione autentica <<il consenso non può essere rifiutato, ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio>>, s'ha da ritenere che il genitore che voglia riconoscere, parta, per così dire, favorito, tanto più che di regola giova e non nuoce al figlio la conoscenza anche formale di entrambi gli autori dei suoi giorni, con quel che ne segue sul piano patrimoniale e successorio, oltre che sul piano psicologico e, perché no, anche sul piano delle convenienze sociali. Il riconoscimento dovrebbe perciò essere interdetto solo in presenza di gravi, ben gravi motivi". Esta idea acerca del interés del hijo es remarcada por POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., a lo largo de toda su obra. Por poner sólo un ejemplo, entiende que el Juez "deberá tener muy presente que todo reconocimiento verdadero responde, en principio, al interés del hijo, pues ¿qué es mejor para el hijo: que tenga por padres a sus verdaderos progenitores, o que no tenga ninguno?" (ob. cit., pág. 99). Lo que nosotros nos preguntamos es cómo puede saber el Juez, sin ningún género de duda, que el reconocimiento que se somete a su aprobación es verdadero, que el reconocedor es el verdadero progenitor biológico.

Aunque tenemos dudas sobre la viabilidad de la anterior solución⁶²³, la dejamos apuntada por las expectativas que abre.

Otra reflexión que puede hacerse acerca del interés del hijo es que éste puede consistir en tener establecida el hijo su filiación para acceder a los beneficios que puede reportarle, básicamente el derecho a alimentos tan necesario en la minoría de edad, pero no estar recíprocamente obligado a proporcionar alimentos al progenitor, por tratarse de un reconocimiento interesado o tardío, ni estar sometido a su patria potestad, por considerar que el ejercicio de ésta puede ser perjudicial para él. Es lamentable que, habiendo el progenitor reconocido su paternidad, no se beneficie el hijo menor de esa situación sin estar, a su vez, y en virtud de la relación bilateral que se establece entre ambos, obligado para con el reconocedor⁶²⁴. En estas situaciones, no queda más alternativa que dar eficacia al reconocimiento, con las consecuencias negativas que ello puede conllevar para el hijo, o bien denegar esa eficacia, privando al hijo de los alimentos y demás ventajas a los que tiene derecho. Soluciones ambas, como se ve, perjudiciales para la persona más necesitada de

⁶²³ Sobre las críticas que ha recibido esta tesis en Italia, *vid* FERRANDO, "Filiazione naturale", en *Rivista di Diritto Civile*, 1988, II, págs. 259 y 260. El decidir *a priori* si un progenitor va a ejercer bien o mal sus deberes no parece cosa fácil, como no sea en supuestos extremos como por ejemplo de padre alcohólico, drogodependiente o perteneciente a una secta cuyos miembros incumplen el deber de procurar una educación adecuada a sus hijos.

⁶²⁴ En el sistema del Código civil sólo se prevé esta posibilidad en el art. 111, que conlleva beneficios para el hijo (<<quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos>>) pero no obligaciones (<<quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo>>), aplicable únicamente en sede de determinación judicial de la filiación y, más concretamente, cuando el progenitor sea condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o cuando la filiación haya sido determinada contra su oposición. La solución, pues, que ofrece el precepto no cabe en ningún caso trasladarla a un supuesto de reconocimiento de la filiación, en el que, por definición, el progenitor no sólo no se opone sino que quiere que la filiación sea determinada. Además, si no se consintiese o aprobase el reconocimiento y se pretendiese, por parte del hijo, determinar judicialmente la filiación ya reconocida, parece dudoso entender entonces que la filiación ha sido judicialmente determinada "contra la oposición" del progenitor. Sí lo ha previsto el legislador catalán, al admitir la mera determinación de la filiación, si no se consiente el reconocimiento, sin ningún efecto para el progenitor por lo que a ostentación de derechos se refiere (cfr. arts. 7 y 21.2 de la Ley catalana de filiaciones).

protección y que no tienen en cuenta el interés del hijo⁶²⁵.

2. Juez competente para aprobar el reconocimiento.

El Juez competente para aprobar el reconocimiento de un menor o incapaz es el Juez de Primera Instancia encargado del Registro civil donde deba inscribirse el reconocimiento, es decir, donde conste la inscripción de nacimiento del reconocido. Así lo estableció, con carácter general, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1989, en su apartado 2, letra c):

<<Que igualmente, por aplicación de la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley del Registro Civil (citada), los Jueces de Primera Instancia competentes para practicar la inscripción de nacimiento estarán también facultados para decidir, como actos previos de jurisdicción voluntaria, las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia de filiación a que se refieren los artículos 111, 121, 124 y 125 del Código Civil>>⁶²⁶.

Siguiendo la citada Instrucción, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de febrero de 1993 (ya citada) determinó en su fundamento de derecho tercero que "por aplicación de la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley del Registro Civil el Juez de

⁶²⁵ En Italia se trata de llegar a una solución satisfactoria para los intereses del hijo interpretando que la *azione di mantenimento, di istruzione ed educazione*, prevista por el art. 279 del Codice civile, y que no tiene correspondencia en nuestro Código civil, no sólo pueden interponerla los hijos *non riconoscibili* sino también los *non riconosciuti*, "in tutti i casi in cui il riconoscimento sia inefficace, perché contrario al suo interesse", como mantiene FERRANDO, "Note sul trattamento dei figli non riconoscibili e dei figli non riconosciuti", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, págs. 1116 y 1117. La autora llega a esta conclusión partiendo de que "data la particolare posizione in cui si trova un figlio naturale, potrebbe essere per lui conveniente far risultare formalmente el rapporto di filiazione", por lo que "non sembra quindi opportuno negare al figlio, il cui riconoscimento sia reso inefficace dalla mancanza delle dichiarazioni di assenso e consenso al riconoscimento, contenute nel nuovo testo dell'art. 250, al. 2, 3, e 4, cod. civ., la possibilità di esperire l'azione di cui all'art. 279 cod. civ., quale rimedio alla mancanza di uno *status* di filiazione"

⁶²⁶ Quedan así resueltos los problemas que, a juicio de GARNICA MARTÍN, "El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial", ob. cit., pág. 3.394, plantea la aprobación judicial en la práctica: "obliga a quienes reconocen a un hijo a tener que acudir a otro procedimiento, ante otro juez y, en definitiva, les hace imprescindible tener que recurrir a asistencia letrada", y que resalta el autor para defender una interpretación del art. 124 C.c. "en forma que la aprobación judicial, como alternativa subsidiaria al consentimiento del representante legal, quede reducida a un mínimo número de supuestos, en los que su exigencia pueda aparecer justificada"

Primera Instancia competente para practicar la inscripción de nacimiento está también facultado para decidir, como acto previo de jurisdicción voluntaria, la aprobación judicial en materia de filiación a que se refiere el artículo 124 del Código Civil". Y la Resolución de 10 de noviembre de 1993 (también citada) relaciona, en su fundamento de derecho tercero, esta solución con la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 186 R.R.c.: "Tampoco debe el Encargado promover de oficio la aprobación judicial del reconocimiento. Aunque así se deducía de la letra del párrafo segundo del art. 186 del Reglamento del Registro Civil, este precepto tenía su razón de ser cuando los Registros civiles estaban a cargo de los Jueces de Distrito, pero ha sido derogado implícitamente por la conversión de los Juzgados de Distrito llevada a cabo como consecuencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Porque desde el momento en que los Jueces Encargados son Jueces de Primera Instancia, el que sea competente para practicar la inscripción del reconocimiento está también facultado, por virtud de la previsión contenida en el art. 17 de la Ley del Registro Civil para decidir, como actos previos de jurisdicción voluntaria, las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia de filiación a que se refieren los arts. 111, 121, 124 y 125 del Código Civil".

Esta competencia que asume el Encargado del Registro en el que ha de inscribirse el reconocimiento lleva a una difuminación de la aprobación judicial, que se entiende implícita en la propia inscripción del reconocimiento, como ha venido a decir la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de enero de 1995⁶²⁷.

⁶²⁷ (RJA 1995, 1462). Se trataba de una inscripción de reconocimiento de hijo menor de edad practicada con arreglo a la Ley catalana de filiaciones, en la que se exige, como es sabido, sólo la aprobación judicial. En el fundamento de derecho 5º se nos aclara que la solicitud de supresión de la inscripción por el Ministerio Fiscal se debe a que ha faltado en este caso la aprobación judicial, así como la audiencia del Ministerio Fiscal, razonando la Dirección General que "ahora bien, no debe olvidarse que, tras la conversión de los Juzgados de Distrito llevada a cabo por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por la Ley de Demarcación y Planta Judicial los Registros Civiles municipales están a cargo de Jueces de Primera Instancia Encargados de los Registros Civiles, competentes para practicar la inscripción de nacimiento o de reconocimiento, están también facultados para decidir, como actos previos de jurisdicción voluntaria, las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia de filiación", de lo que deduce en el fundamento de derecho 7º que "como de la inscripción marginal

3. Procedimiento de jurisdicción voluntaria.

3.1. Procedimiento en el que se sustancia la aprobación judicial y régimen de recursos.

No plantea discusión⁶²⁸ el procedimiento a seguir para obtener la aprobación judicial: se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria⁶²⁹ que debe resolver, como hemos visto, el Encargado del Registro Civil como Juez de Primera Instancia. Expediente sujeto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no cabe confundir con otros expedientes encomendados a órganos registrales y regulados por la Ley del Registro Civil⁶³⁰.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es uniforme a este respecto⁶³¹, y, ante la posible confusión que puede acarrear ahora la competencia de los Jueces encargados del Registro Civil, se ha afirmado en la mencionada Resolución de 10 de noviembre de 1993, fundamento de derecho cuarto, que las actuaciones de jurisdicción voluntaria tendentes a la aprobación judicial del reconocimiento "no quedan desvirtuadas por

de reconocimiento no se desprende, sino al contrario, que no haya precedido tal aprobación judicial...", el reconocimiento ha alcanzado eficacia.

⁶²⁸ Mencionando sólo a algunos de los autores que se ocupan del tema, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926, escribe que "esta aprobación judicial se obtiene en acto de jurisdicción voluntaria"; DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 474, dice que "la aprobación judicial se tramita como acto de jurisdicción voluntaria", y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 117, repite que "esta aprobación judicial se tramitará en expediente de jurisdicción voluntaria"

⁶²⁹ La Disposición Transitoria 10ª de la Ley 11/1981 recoge el supuesto en su apartado a), aunque textualmente sólo se habla de <<autorizaciones>>, pues, como dice BERCOVITZ, R., "Comentario de las Disposiciones Transitorias Novena y Décima de la Ley 11/1981", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 2.004, "deben incluirse, como términos equivalentes los supuestos de aprobación judicial y los de asistencia judicial", como los regulados en los arts. 121, 124 y 125 C.c.

⁶³⁰ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926, ya hizo hincapié en la necesidad de distinguir la tramitación de este expediente de jurisdicción voluntaria sujeto a la L.E.C., ajena a las funciones de los órganos del Registro Civil, de "la de los expedientes del Registro Civil sujetos a la legislación del Registro Civil y de la competencia de los órganos del Registro Civil".

⁶³¹ Extractos de las Resoluciones de 18 de octubre de 1982, 24 de marzo de 1983, 8 de julio de 1985, 1 de octubre de 1986, 7 de enero y 19 de mayo de 1988, 3 de febrero y 4 de febrero de 1990 y 26 de noviembre de 1991, donde se recoge esta doctrina registral, pueden encontrarse en QUESADA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia. Diccionario Práctico de Jurisprudencia*, II, ob. cit., págs. 897 a 902.

el hecho de quedar encomendadas a órganos registrales; por el contrario, como viene declarando reiteradamente este Centro Directivo (cfr. especialmente las Res. 26-11-1991 (*sic*)), se trata de cuestiones totalmente ajenas a la naturaleza propia de los expedientes regidos por la legislación del Registro Civil, típicas de la jurisdicción voluntaria y de los órganos judiciales y sujetas a su régimen específico de recursos".

En cuanto a este régimen de recursos, la citada resolución ha señalado, en su fundamento de derecho quinto, que "por tratarse de una actuación de jurisdicción voluntaria, el recurso de apelación procedente lo es ante la Audiencia Provincial y el plazo para entablarlo es de cinco días (cfr. arts. 382, 385 y 1819 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 82 y 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)". No se plantea, en cambio, si el recurso debe admitirse en un solo efecto, problema que sí aborda PEÑA⁶³², manteniendo que "aunque en rigor la aprobación (supone realizado el acto que se aprueba) es diferente de la autorización (parece requisito previo al acto), es aplicable la disposición transitoria 10 de la Ley 13 mayo 1981, de Reforma del C.c., y, por tanto, <<los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto>>, es decir, en el efecto devolutivo, no en el suspensivo".

Este expediente de jurisdicción voluntaria en que consiste la aprobación judicial de un reconocimiento de menor o incapaz tiene unos trámites específicos, porque el juez debe oír al Ministerio Fiscal y al progenitor legalmente conocido. Analicemos, pues, estos trámites.

3.2. Audiencia del Ministerio Fiscal.

El artículo 124, párrafo primero, C.c. exige que el Juez, antes de conceder o denegar su aprobación, dé audiencia al Ministerio Fiscal⁶³³. Como se desprende del tenor literal del

⁶³² *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926.

⁶³³ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 447, observa que "la intervención del Ministerio Fiscal en estos expedientes es la típica en la jurisdicción voluntaria: la audiencia prevista en el art. 1.815 LEC" Por su parte, POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 99, señala que "tal audiencia es necesaria, incluso si el ministerio Fiscal ya se ha pronunciado sobre el reconocimiento, no

precepto, el Juez sólo está obligado a oírle⁶³⁴, sin que quede vinculado por sus consideraciones, ya sean favorables o contrarias al reconocimiento. El fiscal, en consecuencia, actúa como mero informante⁶³⁵, pero, ¿acerca de qué debe informar? Los autores consultados no estudian la cuestión, aunque se puede plantear si su función en este procedimiento depende de los criterios que se entienda deba valorar el juez. En realidad, el Ministerio Fiscal sólo puede emitir un informe sobre la conveniencia del reconocimiento para el menor o incapaz, pues en cuanto a la verdad biológica no puede saber si coincide o no con dicho reconocimiento, a lo sumo sólo podrá informar sobre la posibilidad de que coincida. En la medida en que la función del Ministerio Fiscal es la defensa de los intereses del menor o incapaz, su dictamen sólo debe tener en cuenta dichos intereses, con independencia de la probabilidad de que sea cierta la filiación a determinar. Entendemos, pues, que, en todo caso, está presente para defender los intereses de los menores o incapaces, aunque se mantenga que no es éste el criterio a seguir por el Juez.

Se observa que tanto en el artículo 121 C.c. (reconocimiento *por* incapaces o menores) como en el artículo 124 C.c. (reconocimiento *de* incapaces o menores) se requiere la audiencia del Ministerio Fiscal ante una decisión que debe adoptar el órgano judicial. En el primer caso, son reconocedores los sujetos por los que debe velar el fiscal, y en el segundo, reconocidos. Esta distinta posición del sujeto necesitado de protección en la relación paterno-filial, y la también distinta función que cumple en cada caso la aprobación judicial, repercute en el

consintiéndolo en los supuestos de menores o incapaces que carezcan de representación legal"

⁶³⁴ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 927, matiza incluso, refiriéndose tanto a la audiencia del Ministerio Fiscal como a la del progenitor legalmente conocido, que no es necesaria "en rigor, la audiencia sino que basta con que se les cite debidamente para ser oídos, pues su pasividad, naturalmente, no puede obstaculizar definitivamente la posible aprobación judicial y, con ella, los efectos del reconocimiento"

⁶³⁵ Así se expresa DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 477.

contenido de la audiencia del Ministerio Fiscal. En el primer caso, la protección se traduce en una valoración de la capacidad del reconocedor, mientras que en la segunda ha de informar sobre los efectos, positivos o negativos, que el reconocimiento tendrá en el menor o incapacitado.

3.3. Audiencia del progenitor legalmente conocido.

Lo primero que hay que señalar es que sólo se exige la audiencia del progenitor, sin que su oposición al reconocimiento vincule al Juez⁶³⁶.

Dicho esto, que no ofrece dudas, cabe plantearse por qué se le da audiencia al progenitor y no al representante legal. En la mayoría de los casos coincidirán en una misma persona ambas cualidades, pero no en todos (por ejemplo, por incapacitación del progenitor o por pérdida de la patria potestad). La dicotomía que se aprecia en el artículo 124, párrafo primero, C.c. entre representante legal y progenitor legalmente conocido⁶³⁷, nos induce a pensar que no se exige la audiencia del progenitor como representante legal del menor o incapaz, o en concepto de representante legal, sino como tal progenitor, es decir, como persona directamente afectada por la relación de filiación, directamente interesada en que quede o no determinada esa filiación. Este interés personal en la determinación de la filiación puede ser la razón por la que se menciona expresamente al progenitor legalmente conocido para concederle audiencia. Se puede entender que su función o papel en el expediente de jurisdicción voluntaria no es defender los intereses del menor o incapaz, porque el encargado de ello es el Ministerio Fiscal, y, si se admite también su intervención, el representante legal,

⁶³⁶ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 477, razona que la oposición del progenitor "no basta para que el expediente se sobresea en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento civil"

⁶³⁷ En palabras de DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 153, "en apariencia el precepto establece una dicotomía entre <<representante legal>> y <<progenitor legalmente conocido>>"

que puede no ser el progenitor legalmente determinado. Tal y como está redactado el precepto, parece que las funciones del fiscal y del progenitor en el procedimiento de jurisdicción voluntaria son distintas: el fiscal defendería los intereses del menor y el progenitor debe ser oído por su especial interés en la relación de filiación que puede quedar determinada⁶³⁸.

La mención de <<progenitor legalmente conocido>> provoca inmediatamente una pregunta: ¿qué significa <<legalmente conocido>>? ¿Las expresiones <<filiación legalmente conocida>> y <<filiación legalmente determinada>> son equivalentes? La cuestión es dudosa, porque no está nada claro si el artículo 124 C.c. se refiere solamente al progenitor que está legalmente determinado o también al progenitor que pueda acreditar su filiación (por posesión de estado, único medio acreditativo de los que recoge el artículo 113 que no determina a su vez la filiación), sin estar ésta legalmente determinada⁶³⁹.

Se ha razonado, por una parte, que "dada la finalidad del precepto -que el Juez conozca todas las circunstancias antes de decidir- puede darse una interpretación amplia y entender que no sólo debe ser oído el progenitor cuando la filiación esté determinada legalmente sino también cuando, por faltar todavía título de determinación legal, la filiación puede ser *acreditada* legalmente por otro título de legitimación (por la posesión de estado) (cfr. art. 113

⁶³⁸ También puede pensarse que se le concede audiencia porque puede aportar indicios al juez sobre la verdad de la filiación a determinar. En la medida en que la posibilidad de la paternidad o maternidad reconocida es un *prius* para conceder la aprobación judicial, entendemos que esta finalidad también está presente en el precepto, aunque el criterio definitivo a seguir por el juez no sea la coincidencia de la filiación con la verdad biológica.

⁶³⁹ Como también indica RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 118, la interpretación estricta es segura, es decir, considerar que el precepto se refiere al progenitor cuya filiación ha sido legalmente determinada; pero no lo es tanto la amplia, que supondría entender que debe ser oído igualmente el progenitor que acredita su filiación *ex art. 113*, sin que esté determinada legalmente dicha filiación.

C.c.)"⁶⁴⁰. Pero, por otra parte, también se ha sostenido que "de la tramitación parlamentaria [del precepto] parece deducirse que dicho progenitor debía haber determinado previamente la filiación", y que no parece haber variado la interpretación del texto definitivo, "ya que estaremos ante una filiación legalmente conocida cuando esté legalmente determinada"⁶⁴¹. No obstante, este argumento basado en el *iter* legislativo del artículo 124 C.c. puede ser interpretado en sentido opuesto, y concluir que el empleo de los términos más amplios de <<progenitor legalmente conocido>> indica un cambio de criterio "por oposición a otras alternativas rechazadas en el transcurso de su *debate* parlamentario"⁶⁴², por lo que el progenitor que puede acreditar su filiación "tiene también el carácter de progenitor legalmente conocido"⁶⁴³.

A nuestro entender, para interpretar la problemática expresión, pueden tenerse en cuenta diversas consideraciones. En primer lugar, hay que resaltar que, siendo central el concepto de determinación legal en la regulación de la filiación, no se ha utilizado esta terminología al referirse el artículo 124 C.c. a la audiencia del progenitor. Si el legislador sólo hubiese

⁶⁴⁰ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 927. Este autor menciona las dos posibles interpretaciones que cabe dar a la expresión <<progenitor legalmente conocido>>, pero no se decanta por ninguna.

⁶⁴¹ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 100. Señala este autor que "mientras el proyecto de ley expresaba <<progenitor legalmente conocido>>, en el Congreso se aprobó <<progenitor legalmente reconocido>>, por lo que podía entenderse que tal progenitor era aquél que previamente había reconocido", y que "en el Senado se aprobó <<progenitor según el Registro>>, lo que implicaba, igualmente, una previa determinación de la filiación por dicho progenitor". Con anterioridad, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 656, nota 10, ya había declarado que "en art. 124 habla de progenitor legalmente conocido, en el sentido de que, respecto al mismo, la filiación está legalmente determinada".

⁶⁴² DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 153-154, nota 52. Este autor, al igual que POZO, se basa en las distintas redacciones dadas al precepto, ya mencionadas, para concluir que los términos más amplios de la redacción definitiva implican un cambio de criterio.

⁶⁴³ DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 153.

pensado en el progenitor que ya tiene determinada su filiación, no hubiese supuesto ningún problema indicarlo claramente, y mencionar, por ejemplo, <<progenitor legalmente determinado>> (aunque la expresión no es muy correcta, pues lo que se determina es la filiación, no al progenitor) en lugar de <<progenitor legalmente conocido>>. Parece, pues, que con la palabras <<legalmente conocido>> se pretende dar a entender algo distinto de lo que se deriva de <<legalmente determinado>>. Cabría entender que también es legalmente conocido el progenitor que, según el artículo 113 C.c., acredita su filiación a través de la posesión de estado: si se prueba esa posesión de estado, por el juego del artículo 113 estaremos ante un progenitor que será conocido.

Pero de nuevo nos encontramos aquí con el problema de si la posesión de estado sirve para acreditar, para "conocer", una filiación que todavía no ha sido determinada. En la medida en que se mantenga que todos los efectos de la filiación se producen desde el nacimiento, con independencia de que se haya determinado o no la filiación, se puede conocer esa filiación si se prueba la posesión de estado, porque así lo permite el artículo 113 C.c. Pero si se mantiene que la posesión de estado no sirve como título para acreditar una filiación no determinada todavía, sólo se conocerá la filiación cuando ésta se determine, mejor dicho, jurídicamente sólo se conocerá esa filiación, con plenos efectos, cuando esté determinada.

A nuestro juicio, <<progenitor legamente conocido>> será tanto el que ya tiene determinada su filiación como el que la acredita (legalmente, pues lo admite el artículo 113 C.c.) por posesión de estado, pues, al margen de que, como hemos defendido al estudiar el artículo 113 C.c., la posesión de estado puede acreditar una filiación que todavía no ha sido determinada, ha de valorarse que el artículo 124 C.c. sólo exige la audiencia del progenitor, y que su parecer no es vinculante para el Juez. Esta interpretación amplia que incluye al progenitor cuya filiación no ha sido determinada legalmente, pero que actúa como tal por

posesión de estado, estaría justificada en el interés del hijo que se trata de proteger, pues el Juez necesita conocer todos los datos posibles sobre la situación en la que se encuentra el menor o incapacitado, y puede ser reveladora la opinión de la persona que hace las veces de progenitor.

Otra pregunta que puede formularse es si está excluido de la audiencia que prevé el artículo 124 C.c. el progenitor privado, por las razones que sean, de la patria potestad⁶⁴⁴. Para tratar de solucionarla, podemos aportar las siguientes ideas.

Encontramos en el Código civil otros preceptos en los que se alude a los progenitores privados de la patria potestad. En concreto, el artículo 177 C.c., referido a la constitución de la adopción, establece, en su apartado 2.2º, que deberán asentir la adopción <<los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación>>⁶⁴⁵, y en su apartado 3.1º, que deberán ser simplemente oídos por el Juez <<los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción>>. A favor de la posible utilidad de estos preceptos como criterio interpretativo del problema que tratamos, se

⁶⁴⁴ La doctrina no menciona el problema, con la excepción de SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 656, quien admite que quepa la audiencia del progenitor privado de la patria potestad o suspendido en su ejercicio, pues puede ser útil en orden, por ejemplo, "a la realidad biológica que soporta el reconocimiento pretendido". Encontramos también alguna referencia al progenitor apartado de la patria potestad en PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 925, pero cuando estudia el nombramiento de defensor judicial para el menor o incapaz si el reconocedor actúa a su vez como representante legal (por posesión de estado). Considera el autor citado que esta solución, a pesar de su proximidad con la aprobación judicial, puede ser interesante "por las circunstancias concurrentes en el caso, o por la mayor simplicidad de los trámites (para nombrar defensor no es necesario oír al progenitor legalmente conocido que esté excluido de las funciones tuitivas)". Se puede deducir de su razonamiento que la audiencia del progenitor legalmente conocido excluido de las funciones tuitivas es un trámite necesario de la aprobación judicial (PEÑA habla de "progenitor legalmente conocido", por lo que parece que está pensando en este supuesto).

⁶⁴⁵ Nueva redacción dada por la Disposición final sexta de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

puede alegar que la constitución de la adopción y la aprobación judicial del reconocimiento tienen en común que tienden a determinar una filiación (en un caso adoptiva y en el otro natural no matrimonial). Pero también cabe oponer dos objeciones. La primera de ellas es considerar que los preceptos mencionados contenidos en el artículo 177 C.c. contienen reglas limitativas de derechos, restrictivas, al excluir de sus disposiciones a los padres naturales del hijo que va a ser adoptado por estar privados de la patria potestad, lo que impediría interpretar en el mismo sentido otro precepto que no contiene expresamente esta limitación. La segunda objeción viene dada por la distinta función que están llamados a cumplir los progenitores del hijo en el artículo 177 C.c. y en el artículo 124 C.c., pues no es lo mismo determinar una filiación adoptiva, que sustituirá a la ya determinada del progenitor mencionado en el precepto, que una natural, que coexistirá de forma plena con la que ya ostenta dicho progenitor. Toda filiación por naturaleza implica una relación, aunque sea pretérita, entre los progenitores, relación que no se da entre el progenitor natural y el padre adoptivo.

Por otra parte, y ésta es la razón fundamental que nos hace incluir en el requisito de la audiencia al progenitor privado de la patria potestad, también es destacable que si se pide la audiencia del progenitor en calidad de tal, y por los motivos vistos, independientemente de que ejerza la representación legal de su hijo, no sería relevante si tiene o no la patria potestad (en base a la cual actuaría como representante legal). Si el artículo 124, párrafo primero, C.c. exige el consentimiento del representante legal en la primera alternativa que recoge para conceder eficacia al reconocimiento de un menor o incapaz, y la audiencia del progenitor en la segunda, es porque se está aludiendo a personas que pueden ser distintas. Normalmente coincidirán progenitor legalmente conocido y representante legal (pues aquél tendrá la patria potestad de la que nace la representación *ex art. 154.2º*), pero habrá casos en que no sea así, por ejemplo, por pérdida de la patria potestad (no será representante legal el progenitor). Y

estos casos estarían previstos en el trámite de la audiencia requerido para la aprobación judicial del reconocimiento, pues habla en general de progenitor, sin especificar si es a su vez representante legal o no. Con ello se le permite al progenitor cumplir con la obligación de velar por los hijos menores que en todo caso le incumbe (cfr. art. 110 C.c.).

3.4. Audiencia de otras personas.

El párrafo primero del artículo 124 C.c. no exige que el Juez, tramitando el expediente de jurisdicción voluntaria, dé audiencia al hijo reconocido, ni a su representante legal, ni siquiera al autor del reconocimiento que se somete a aprobación, a pesar del interés⁶⁴⁶ que para estas personas tiene la determinación de la filiación.

Respecto del representante legal, no resulta muy coherente que no se haya mencionado expresamente su audiencia, teniendo en cuenta que el legislador prevé que el reconocimiento pueda ser también eficaz con su consentimiento. Al otorgar el legislador tal importancia al consentimiento del representante legal en orden a la eficacia del reconocimiento, lo lógico hubiese sido concederle audiencia cuando dicha eficacia la decide el Juez. Y, por otra parte, si la finalidad de la aprobación judicial es preservar los intereses del hijo reconocido, la intervención en el expediente de su representante legal, encargado de la defensa de tales intereses, puede resultar de gran ayuda al Juez para llegar a la decisión más adecuada para el menor o incapacitado⁶⁴⁷. Por todo ello, entendemos que el representante legal del hijo tiene un interés legítimo en comparecer en el acto de jurisdicción voluntaria, y no sólo deberá dársele

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, considera que "interesados en el expediente son el menor o incapaz reconocidos, el progenitor legalmente conocido y aun otros terceros".

⁶⁴⁷ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, es partidario de que el representante legal deba ser oído, pues a él le compete la representación y defensa de los intereses del menor o incapaz.

audiencia si así lo solicita o lo estima conveniente el Juez (cfr. art. 1.813 L.E.c.)⁶⁴⁸, sino que, por aplicación del artículo 9, 2, párrafo segundo, de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, en el caso de que no quepa la audiencia del hijo deberá ser oído, en su lugar, su representante legal.

En cuanto al hijo reconocido⁶⁴⁹, se puede repetir la consideración que hacíamos antes: si el Juez debe valorar, fundamentalmente, los intereses del menor o incapacitado, nadie mejor que ellos, si tienen suficiente juicio, para iluminarle sobre la conveniencia del reconocimiento⁶⁵⁰. El Código exige la audiencia del hijo para decidir sobre asuntos que no son de tanta relevancia y trascendencia para él como la determinación de su filiación⁶⁵¹, por lo que

⁶⁴⁸ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 926, también entiende que debe ser oído el representante legal del menor o incapaz, aunque no sea el progenitor legalmente conocido, "puesto que por Ley es la persona encargada de velar por sus intereses" Y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 100-101, estima que "ante los amplios términos en que está redactado el art. 1.813 de la LEC (...) es conveniente que el Juez conceda audiencia al representante legal del hijo (en el caso de que no sea el otro progenitor); de esta manera el Juez gozará de mayores elementos de juicio para adoptar la decisión oportuna, al conocer los motivos que impulsaron al representante legal a no consentir el reconocimiento"

⁶⁴⁹ Como señala GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, "el menor o incapaz reconocido es el primer interesado en el expediente", pero al no exigirse su consentimiento para el reconocimiento ni su intervención en el expediente, "regiría el art. 1.813 LEC, con lo que su audiencia sería facultativa para el Juez, excepto cuando el menor o incapaz comparecieran espontáneamente en el expediente solicitando ser oídos o lo pidiera el solicitante, en cuyo caso la audiencia sería obligatoria".

⁶⁵⁰ Acertadamente indica GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, que la audiencia del hijo "es el único medio fiable de conocer la personalidad del menor o incapaz, sus sentimientos hacia el reconocedor y su voluntad respecto del reconocimiento, elementos de juicio imprescindibles para poder decidir sobre la conveniencia o inconveniencia del acto cuya autorización o aprobación se solicita". Recoge la misma idea POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 101, aunque matiza que no aportará nada sobre la posible realidad del reconocimiento.

⁶⁵¹ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 118, partidario de conceder audiencia al menor o incapaz, menciona el artículo 273 C.c., "donde se requiere para cuestiones menos importantes", y los artículos 154-3º y 92 C.c., "para casos semejantes". POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 101 y 102, señala, por su parte, que el Código debería haber previsto la audiencia del propio reconocido "como ocurre en otros supuestos en los que se recoge expresamente la audiencia o intervención del menor: arts. 48, 154, 156, 162, 177, 231, 237, 273, 317, etc.", y que de estos artículos "podría deducirse la regla general de que el Juez debe oír al reconocido si tuviere doce años cumplidos, o incluso si es menor de dicha edad, siempre que tenga suficiente juicio"

con mayor razón el Juez deberá oírle antes de aprobar el reconocimiento⁶⁵² Las consecuencias que se derivan de la determinación de la filiación afectan a las esferas personal y familiar del menor o incapaz, no sólo a la patrimonial. Así, a partir de ese momento quedará vinculado, por la relación paterno-filial, a una determinada persona, que en principio ejercerá la patria postestad sobre él y con ello su representación legal, y a una determinada familia. La importancia de estos cambios en el estatuto personal y familiar del menor o incapaz es suficiente razón para considerar que el hijo, si ha llegado a una edad adecuada⁶⁵³, tiene suficiente capacidad de obrar para actuar por sí mismo en el procedimiento y ser oído en él⁶⁵⁴,

⁶⁵² PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 927, es rotundo al afirmar que el Juez debe oír a los menores o incapaces si tienen suficiente juicio, declarando que la falta de consideración de la voluntad del propio reconocido por el artículo 124 "no guarda armonía con la capacidad que la misma Ley atribuye a menores e incapaces para, a su vez, otorgar ellos mismos el reconocimiento (...) y, en general, para los actos que afectan más directamente a su persona (...) o a su patrimonio" GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, también es partidario de admitir la intervención personal del menor o incapaz si tiene suficiente juicio, pues, como PEÑA, opina que "aplicando analógicamente los preceptos del párr. 3º del art. 154 y del párr. 2º del 156, ambos del CC, podría sostenerse la necesidad de la audiencia".

⁶⁵³ Cuál sea esta edad no será fácil de determinar. Puede servir de guía, aunque ante todo deberán ser tenidas en cuenta las condiciones de madurez del menor, la edad que, según el artículo 177.1 C.c., debe tener el adoptando para consentir su adopción, que son doce años. Esta edad es también la que, en Derecho italiano, se exige para oír al adoptando, lo que ha motivado la afirmación de CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., págs. 669-670, de que "da essa si può trarre conferma della esigenza logica secondo cui l'ordinamento, quando richiede che sia sentito il parere di un soggetto, suppone che costui abbia l'attitudine a formulare una sua consapevole valutazione. Nel caso dell'art. 296, comma 3º, c.c. questa attitudine è stabilita dalla legge *a priori*, al compimento del dodicesimo anno; quando ciò non avvenga, come nel caso dell'art. 250, comma 4º, c.c., spetta al giudice decidere se la persona, minore di età, chiamata a esprimere il proprio parere, abbia l'attitudine necessaria a valutare la situazione sulla quale deve pronunciarsi. Quando il giudice ritenga motivatamente che questa attitudine manchi, ne omette legittimamente l'audizione". Hay que tener en cuenta que el Codice civile, a diferencia del Código civil español, sí exige la audiencia del hijo menor de dieciséis años, planteándose el problema de si todo menor de esa edad debe ser oído por el Juez. LOJACONO, "Alcuni rilievi sul nuovo testo...", ob. cit., pág. 911, comenta, al hilo de la Sentencia del Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna, de 15 de marzo de 1978, que consideró que a los efectos de la autorización judicial prevista en el art. 250, párr. 4º, del Código civil italiano es elemento decisivo la valoración de la oposición del menor reconocido, cuando esa oposición sea apoyada por circunstancias objetivas, que "se un minore di appena sedici anni può privare di ogni effetto il riconoscimento, senza nemmeno dar conto dei motivi per cui ha rifiutato l'assenso, è plausibile che un ultraquindicenne possa determinare la decisione del Tribunale ex art. 250, specie se il parere negativo al riconoscimento non appaia del tutto irragionevole".

⁶⁵⁴ BERCOVITZ, R., *Derecho de la Persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 26-28, ya mantuvo, antes de la reforma de la filiación, la necesidad de oír al menor reconocido cuando fuese necesaria la aprobación judicial, como consecuencia lógica del reconocimiento de una plena capacidad, en la medida en que su desarrollo lo permita, en el ámbito personal y familiar del menor: "la esfera familiar se encuentra próxima a la estrictamente personal en tanto en cuanto afecta directamente a la capacidad y dependencia del menor. Los cambios

para que el Juez conozca sus deseos e intereses, pues fundamentalmente debe tener presente la incidencia de la determinación de esa filiación en el sujeto más digno de protección y por el que la Ley somete a determinados requisitos la eficacia del reconocimiento. Esta necesidad de protección del menor o incapaz en la determinación extrajudicial de la filiación⁶⁵⁵, se consigue no sólo a través de la intervención de su representante legal o del Juez, sino también a través de la propia intervención del hijo⁶⁵⁶.

Pero la defensa, ante todo, de los intereses del hijo, puede interpretarse de otro modo: puede ser que se defiendan mejor dichos intereses no concediendo audiencia al menor o incapacitado, pues el conocimiento de la filiación reconocida puede ser perjudicial para él. En este sentido ha señalado DURÁN RIVACOBÁ que "si se diera la oportunidad al menor de manifestar su opinión al respecto, quedaría de antemano desvelada de modo irreversible, la circunstancia cuya conveniencia en interés del propio menor se ventila y, por tanto, el presunto mal -la pérdida de la estabilidad familiar, moral y anímica, conseguida fuera de los lazos biológicos por razones frecuentemente dolorosas; el seguro choque, a lo sumo para un menor o incapaz, emocional y, en fin, la falta de certeza del ajuste a la verdad biológica del reconocimiento- se perpetraría, sin remedio las más de las veces"⁶⁵⁷.

sobrevenidos en ella afectan, pues, normalmente al estado civil de las personas. De ahí que se pretenda dar también en este terreno una especial relevancia a la intervención del menor en todo aquello que pueda afectar a su estatuto familiar".

⁶⁵⁵ Si la filiación se determina por sentencia judicial, lo fundamental no será la protección del menor o incapaz, que habrá de conseguirse por otras vías, sino la coincidencia entre filiación real y filiación jurídica.

⁶⁵⁶ Sobre las exigencias de protección de la personalidad del menor desde él mismo y desde fuera, *vid* JORDANO FRAGA, "La capacidad general del menor", en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 884. El autor resalta, interpretando el art. 162, párr. segundo, 1º, "la importancia que el ordenamiento confiere a la intervención del menor dotado de capacidad natural en todo cuanto afecta directa o indirectamente a la determinación de su estado civil. Y ello, porque el estado civil está presidido por el principio de la personalidad (De Castro), afecta a la propia definición de la persona y a su modo de ser y estar frente a los demás" (*ob. cit.*, pág. 894).

⁶⁵⁷ "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", *ob. cit.*, pág. 158. Esta opinión de DURÁN RIVACOBÁ ha sido rebatida por POZO, *El reconocimiento de la filiación*, *ob. cit.*, págs. 101-102, en base a que "una de las legislaciones más partidarias de la defensa a ultranza del interés

Este razonamiento de DURÁN RIVACOBÁ nos parece acertado, pero también es indudable que el hijo es el más interesado en la determinación de la filiación. Por tanto, ante la no obligatoriedad de conceder audiencia al hijo, parece que será el Juez el que deberá tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso para decidir si la audiencia del hijo, que en principio resulta deseable, puede ser perjudicial para él. A nuestro entender, cuando la filiación del menor no esté determinada ni *a patre* ni *a matre*, o cuando sólo esté determinada respecto de uno de los progenitores, sin que el hijo identifique al otro con persona distinta del reconocedor, se protegerá mejor el interés del menor dándole la posibilidad de expresar su opinión sobre la persona que puede convertirse legalmente en su progenitor que excluyéndole de esta audiencia por el posible perjuicio que puede acarrearle conocer la situación (si es que todavía no la conoce).

Debemos matizar, con todo, que la falta de audiencia del hijo debe ser excepcional, pues la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha reconocido, con carácter general, a los menores de edad el derecho a ser oídos en cualquier actuación que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁶⁵⁸.

Por último, hay que mencionar que cuando el hijo reconocido es mayor de edad

del hijo es la italiana, y sin embargo recoge expresamente la audiencia del reconocido menor de dieciséis años en el párrafo cuarto del artículo 250, de lo que se puede deducir que el legislador italiano, ante el dilema <<audiencia del hijo-perjuicios que le puede causar tal intervención>>, ha preferido la primera sobre el segundo"

⁶⁵⁸ Dice el art. 9 de esta Ley: <<1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos>>.

incapacitado, puede ser que su intervención en el acto de la aprobación judicial sea superior a la mera audiencia. Habrá que tener en cuenta la sentencia de incapacitación, que puede exigir el consentimiento del hijo, además de la aprobación judicial, para que el reconocimiento sea eficaz⁶⁵⁹. En estos casos, no es que el reconocimiento de este incapacitado esté sometido a los requisitos de eficacia del artículo 124 C.c., pues en la medida en que es él el que presta el consentimiento entra dentro del supuesto regulado en el artículo 123 C.c., sino que es la sentencia de incapacitación la que exige, además de este consentimiento, la aprobación judicial, que no sustituye a dicho consentimiento sino que lo complementa.

Tampoco menciona el artículo 124 C.c., para concederle audiencia, al autor del reconocimiento, lo que, aunque no es éste su lugar, nos reafirma en la teoría de que en la mente del legislador no estaba la defensa de la verdad biológica al regular la aprobación judicial, sino la defensa del interés del hijo, para la que, en principio, puede pensarse que no es fundamental la opinión del reconocedor. Como hemos sostenido en otro lugar de este trabajo, el Juez no puede entrar a valorar si es probable o no el reconocimiento (sólo si es posible), si coincide o no con la verdad biológica, pues esta valoración vendría a ser una impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad (pues ésta, como hemos mantenido, la presume la Ley) en la que no se le daría al reconocedor posibilidad de defenderse. No obstante, el interés del hijo, que es lo que se trata de proteger, demanda que se le dé audiencia al reconocedor para que defienda su interés en la determinación de la filiación, el beneficio

⁶⁵⁹ A juicio de PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 927, "la incapacitación del mayor de edad no es obstáculo para que, además del consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, pueda exigirse el consentimiento del propio reconocido si así estuviera previsto en la resolución que acuerde la incapacitación".

que puede proporcionarle el reconocimiento al hijo⁶⁶⁰.

La audiencia de las personas anteriormente señaladas (hijo, representante legal y reconocedor), junto con la del otro progenitor, sería de desear que fuera obligada, pues son las que están directa y personalmente interesadas en la determinación de la filiación. La audiencia de otras personas debe ser facultativa, a elección del Juez, siempre que la considere necesaria para formar su juicio de valor sobre la conveniencia del reconocimiento o, si se entiende que debe perseguir la verdad biológica, sobre su veracidad, debiendo ser restrictivos a la hora de valorar el interés legítimo⁶⁶¹ alegado por ellas para ser oídas en el procedimiento⁶⁶²

⁶⁶⁰ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 102, considera conveniente que el Juez oiga al propio autor del reconocimiento "a fin de demostrar, dentro de lo posible, su propia paternidad" y "a fin de demostrar el beneficio que puede suponer para el hijo el reconocimiento"

⁶⁶¹ La existencia de este interés legítimo se exige por la Ley, y así lo recalca GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 116, al señalar que "en el supuesto de audiencia espontánea, ésta se halla supeditada a la existencia de un interés legítimo". Al tratarse de una cuestión de filiación que afecta a menores o incapaces, habrá que ser estrictos sobre las personas que tienen dicho interés.

⁶⁶² Entendemos, como POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 103, que, aunque sea mucha la libertad que a este respecto permite la jurisdicción voluntaria, "parece conveniente no hacer muy extensiva dicha audiencia. En un tema tan vidrioso y complicado como es la filiación, en el que se encuentran directamente afectados, en realidad, los progenitores y el hijo, una audiencia excesiva a otros sujetos podría implicar, en numerosos casos, una mayor confusión sobre la veracidad de la generación y la conveniencia del reconocimiento". No creemos, a diferencia de GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, que sean interesados, "como dice el art. 346 RRC, los que por el reconocimiento puedan resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos, o sus herederos. Los herederos abintestato del reconocedor o del reconocido, son los primeros interesados, aparte del progenitor legalmente conocido". La relación de filiación sólo afecta directamente a los progenitores y al hijo, y además no es de naturaleza patrimonial, por lo que los herederos en ningún caso serían interesados. Quizá los descendientes del incapacitado o del menor, en su caso.

CAPÍTULO VI: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN ESPECIAL

I INTRODUCCIÓN

El segundo párrafo del artículo 124 del Código civil recoge dos supuestos de reconocimiento de menores o incapaces que no están sometidos al régimen de eficacia, que podemos denominar general, previsto por el párrafo primero del mismo artículo. Se trata del reconocimiento en testamento y del reconocimiento dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. El Código concretamente establece que <<No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>>.

Presenta esta regulación especialidades respecto del régimen general, pero no tantas, si se interpreta adecuadamente, como para hablar de una norma excepcional contraria al principio general de aceptación del reconocimiento por el hijo para que su filiación pueda quedar determinada por este medio, principio omnipresente en todo el sistema legal del reconocimiento. Lo que convierte a esta acumulación de reglas, que se van derivando unas de otras en función del comportamiento de los sujetos implicados, en régimen especial es, fundamentalmente, la eficacia automática que tienen los reconocimientos en testamento o dentro del plazo para inscribir el nacimiento, sin contar previamente ni con el consentimiento

del representante legal del menor o incapacitado ni con la aprobación judicial. Pero siguen exigiéndose requisitos complementarios para que el reconocimiento conserve esa inicial eficacia, requisitos que no son distintos, como veremos, a los establecidos en el primer párrafo del artículo 124 C.c. Esa eficacia automática, tan distinta de la general, demanda reajustes en el funcionamiento de estos requisitos complementarios, pero siguen estando ahí.

Los supuestos para los que se prevé este régimen especial son muy distintos entre sí, por lo que no se puede hablar de una razón única que justifique la especialidad. Además, es un régimen pensado para el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, no para el reconocimiento en testamento, lo que provoca graves problemas de aplicación que han conducido precisamente a la inaplicación del régimen completo a estos reconocimientos testamentarios (cfr. art. 188 R.R.c.). Veremos, por tanto, en epígrafes distintos cada uno de estos supuestos, empezando por aquél en el que puede estudiarse en su conjunto, sin tensiones insalvables, el artículo 124, párrafo segundo, C.c.: el reconocimiento inmediato al nacimiento del hijo.

II RECONOCIMIENTO DENTRO DEL PLAZO PARA PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

1. Fundamento de su especial regulación.

Si el reconocimiento se efectúa dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, será eficaz automáticamente, determinará la filiación, sin contar previamente ni con el consentimiento del representante legal del menor (no cabe hablar aquí, obviamente de incapacitado) ni con aprobación judicial, si bien la madre puede suspender la inscripción de paternidad así practicada, en cuyo caso será necesaria la aprobación judicial para confirmarla.

El fundamento del trato privilegiado dispensado a estos reconocimientos está, como

indica PEÑA⁶⁶³, en la especial consideración en que se debe tener al padre, o a la madre, que asume desde el principio, y públicamente, sus responsabilidades como progenitor. En realidad, se pretende beneficiar concretamente al padre que se apresura a reconocer su filiación, pues la madre no necesita reconocer en este plazo de tiempo para que quede determinada la suya, basta con que recurra al medio establecido por el artículo 120.4º C.c., es decir, que se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro civil⁶⁶⁴.

Pero esta eficacia automática, libre inicialmente de los requisitos generales complementarios establecidos por el primer párrafo del artículo 124 C.c., del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, no sólo se fundamenta en la especial consideración debida al progenitor diligente o "madrugador", sino que también puede tener su razón de ser, su justificación, en la confianza que suscita en el legislador, en cuanto al beneficio que puede suponer para el menor, la asunción de paternidad o maternidad en inmediación temporal con el nacimiento del hijo.

En un sistema de filiación como el establecido por nuestro Código civil, que requiere, como regla general, la previa intervención de los dos sujetos unidos por la relación paterno o materno-filial para que la filiación quede determinada extrajudicialmente, la consideración, no sólo hacia el progenitor, sino también hacia el hijo, ha debido pesar en el ánimo del

⁶⁶³ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 928. Razona el autor que "no puede tener tal progenitor el mismo tratamiento que el que sólo tardíamente quiere proclamarse padre (y que, por tanto, ha incumplido ya el deber de dar nombre y amparo a sus hijos), porque este reconocimiento tardío puede hacer sospechar si responde más a la satisfacción de los propios intereses del autor del reconocimiento (para heredar al reconocido o por otros intereses bastardos) que al interés del reconocido". Por su parte, RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 118, considera que "es menos sospechosa la iniciativa de su autor en la determinación de la filiación y el propio reconocimiento (...) por el momento en que lo hace, muy próximo al nacimiento del reconocido".

⁶⁶⁴ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 131, también hace notar que la Ley está pensando en el reconocimiento paterno, "ya que un reconocimiento materno dentro de dicho plazo es sumamente improbable (aunque no imposible), dado lo dispuesto en el art. 120.4 CC".

legislador para mantener este supuesto de reconocimiento eficaz sin necesidad del consentimiento del representante legal del menor ni de la aprobación judicial. Puede entenderse por ello que la finalidad perseguida al establecer esos requisitos complementarios, que es proteger los intereses del menor, se cumple cuando el progenitor asume su paternidad, con las obligaciones que ello conlleva, inmediatamente después del nacimiento del hijo: esta asunción de responsabilidad por parte del reconocedor cuando el menor está más indefenso, revela, por una parte, un ánimo desinteresado hacia sí mismo y, por otra, de interés hacia el hijo. Creemos, por tanto, que el legislador presume que el reconocimiento, en estas circunstancias, es beneficioso para el hijo.

Además, si bien, como hemos defendido, todo reconocimiento goza de una presunción de veracidad, el practicado pocos días después del nacimiento del hijo reafirma esa presunción de coincidencia entre filiación biológica y filiación reconocida.

En resumen, el fundamento, o la causa, del trato privilegiado dispensado al reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento está, a nuestro entender, en el deseo de beneficiar al progenitor por su inmediata asunción de la responsabilidad paterna, en el beneficio que se presume tiene para el menor este reconocimiento, y en la mayor probabilidad de que la filiación reconocida coincida con la real.

2. Elementos definidores del reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento.

1. Plazo para practicar la inscripción de nacimiento.

El plazo que menciona el artículo 124, párrafo segundo, C.c. es el regulado por los artículos 42 L.R.c. y 166 R.R.c.: la inscripción de nacimiento debe practicarse entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, y si se acredita justa causa se

amplía el plazo hasta treinta días⁶⁶⁵. En relación a este plazo pueden plantearse las siguientes cuestiones: ¿el plazo al que se refiere el artículo 124 C.c. engloba también el extraordinario (hasta los treinta días siguientes al nacimiento)? ¿Habrá que acreditar, igualmente, justa causa para que sea aplicable este plazo superior? Si es así, ¿en qué consistiría esta justa causa referida al reconocimiento? ¿Cabría tomar, por el contrario, el plazo de treinta días en general, sin atender a si concurre o no justa causa, en razón de su brevedad⁶⁶⁶ y de las especiales características del reconocimiento que lo distinguen de la inscripción de nacimiento⁶⁶⁷?

La mayoría de los autores consultados no se plantea estas cuestiones, limitándose a citar los preceptos registrales donde se contienen los plazos para inscribir el nacimiento y a censurar, a lo sumo, la brevedad de dichos plazos, sobre todo el ordinario de ocho días. Por nuestra parte, estimamos que el plazo al que se refiere el artículo 124, párrafo segundo, C.c. abarca desde el nacimiento hasta los treinta días siguientes, pues, textualmente, en esos días se considera que se puede inscribir dentro de plazo el nacimiento.

Respecto a la segunda pregunta que planteábamos, entendemos que cuando el reconocimiento se efectúa entre los ocho y los treinta días posteriores al nacimiento es perfectamente eficaz e inscribible, sin necesidad de acreditar justa causa. La justa causa se exige para la inscripción del nacimiento, pero resulta desorbitado exigirla para inscribir el reconocimiento: el nacimiento es un hecho perfectamente conocido cuya inscripción en esos

⁶⁶⁵ Los autores consultados suelen incluir ambos plazos. Así, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 928, y DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 483. Sin embargo, RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 118, nota 25, sólo alude al ordinario, "el comprendido entre las veinticuatro horas y los ocho días del nacimiento".

⁶⁶⁶ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 928, ha señalado que "el plazo en que el reconocimiento no requiere el consentimiento o la aprobación resulta demasiado corto para el padre, pues fácilmente puede no enterarse del día en que el hijo nace".

⁶⁶⁷ Mientras que el reconocimiento implica una admisión de paternidad, hecho incierto, que conlleva obligaciones, la inscripción del nacimiento es una mera declaración de un hecho cierto y objetivo.

ochos días no plantea ninguna dificultad, pero éste no es el caso del reconocimiento, sobre todo si es de paternidad, pues tal paternidad no es algo indudable como la existencia del nacimiento del hijo. E incluso, el progenitor no matrimonial, por la naturaleza de su relación, puede no conocer la existencia del nacimiento hasta después de pasar el plazo de ocho días.

Esta última consideración nos lleva a mantener que, si se considerase exigible acreditar justa causa para inscribir el reconocimiento efectuado en el plazo extraordinario para inscribir el nacimiento, aquélla podría ser el no haber conocido el reconocedor el nacimiento antes. Aunque podría mantenerse, nos parece una traba innecesaria, porque tan digno de trato privilegiado es el progenitor que reconoce a los ocho días de nacido el hijo que a los treinta⁶⁶⁸: la base del tratamiento dispensado a estos reconocimientos es su inmediación temporal con el nacimiento, y un mes después de éste parece que es todavía suficiente inmediatez.

En relación también con el plazo para practicar la inscripción de nacimiento, cabe plantearse qué ocurre con los reconocimientos efectuados antes de transcurridas veinticuatro

⁶⁶⁸ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 132-134, único autor consultado que incide en la problemática que planteamos, estudia los reconocimientos efectuados dentro del plazo "excepcional" de treinta días desde el nacimiento, distinguiendo dos supuestos. Si el nacimiento también se ha inscrito entre los ocho y los treinta días desde el alumbramiento por existir justa causa, "por razones de equidad se debe entender que si hubo justa causa para inscribir el nacimiento, tal excepcional situación también debe favorecer al reconocimiento". La justificación que da el autor a la aplicación del art. 124, párrafo 2º, en estos casos no parece muy firme, pues el retraso en la inscripción del nacimiento puede no tener nada que ver con el "retraso" en el otorgamiento del reconocimiento. El segundo supuesto estudiado por POZO se produciría cuando el nacimiento se ha inscrito en los ocho primeros días, pero el reconocimiento no se ha efectuado hasta más tarde, siempre dentro de los treinta días que marca la Ley. El autor maneja las mismas razones que mencionamos en el texto para entender aplicable también el art. 124, párrafo 2º: primero, porque "el art. 124.II trata de privilegiar los reconocimientos realizados <<dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento>> (...). Por consiguiente, si el reconocimiento se efectúa entre los ocho y los treinta días siguientes al nacimiento, en realidad seguimos estando dentro del plazo establecido por la ley para practicar la inscripción del nacimiento"; segundo, porque "si se estima que tales reconocimientos no deben gozar de un trato privilegiado, se pondría en manos de la madre un buen instrumento para impedir la eficacia del reconocimiento paterno", bastándole con "promover la inscripción en el octavo día siguiente al nacimiento"; tercero, porque "tan diligente es el padre que reconoce dentro de los ocho días siguientes al nacimiento, como el que reconoce unos pocos días más tarde (siempre que no sobrepase, por exigencia legal, los treinta días siguientes al alumbramiento"; y cuarto, porque "el plazo de ocho días siguientes al nacimiento es un plazo excesivamente corto para el padre, el cual puede desconocer el nacimiento, aunque no se encuentre ausente del lugar en que se ha producido".

horas desde el nacimiento, cuando todavía no se ha iniciado el plazo para practicar su inscripción. No parece que haya ningún problema en admitir que estos reconocimientos se encuentran sometidos al párrafo segundo del artículo 124 C.c., pues la misma razón objetiva que se tiene en cuenta para dotar de eficacia a los reconocimientos efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, cabe apreciar cuando el reconocimiento se efectúa incluso antes, es decir, en esas primeras veinticuatro horas: a saber, estos reconocimientos tampoco necesitan el previo consentimiento o aprobación judicial para ser eficaces porque se hacen en tiempo oportuno, es decir, inmediatamente después del nacimiento del hijo.

E igualmente se respeta el fundamento del precepto considerando eficaces automáticamente estos reconocimientos sin necesidad de ningún requisito adicional: se trata de un progenitor responsable al que se le beneficia, el hijo queda protegido sin que terceras personas entren a valorar sus intereses, y el reconocimiento suscita la confianza en la mayor probabilidad de que sea verdadero. Lo único que hay que señalar es que, en la medida en que se reconoce a quien todavía no es persona a los efectos civiles, la eficacia del reconocimiento quedará en suspenso hasta comprobar que el hijo sigue viviendo pasadas esas veinticuatro horas desde el nacimiento⁶⁶⁹.

2. Forma del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.

2.1. Aptitud de cualquier forma para que sea aplicable el párrafo segundo del artículo 124 C.c.

Nos detenemos en esta cuestión porque encontramos en la doctrina alguna discrepancia sobre la forma que debe revestir este reconocimiento, efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, para liberarse de la necesidad de contar con el consentimiento del representante

⁶⁶⁹ En el mismo sentido se pronuncian PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 928, que extiende la solución a los reconocimientos efectuados antes de nacer el reconocido, y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 132.

legal del menor o la aprobación judicial previstos en el párrafo primero del artículo 124 C.c.

Según algunos autores, para que se aplique la regla de eficacia contenida en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., no es necesario que el reconocimiento se efectúe en el acta de nacimiento o por declaración ante el Encargado del Registro Civil: el reconocimiento puede hacerse en cualquier forma, siempre que se otorgue dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento⁶⁷⁰.

En cambio, otros autores interpretan restrictivamente el precepto, defendiendo que no basta cualquier forma para que se aplique la excepción del artículo 124, párrafo segundo: el reconocimiento debe hacerse en el acta de nacimiento o, si se efectúa después de inscrito el nacimiento, ante el Encargado del Registro⁶⁷¹.

La mayoría de la doctrina coincide, no obstante, en afirmar que no es necesario, para que opere la excepción, que el reconocimiento se inscriba en el Registro dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento⁶⁷², lo que aceptamos con reservas, pues para que sea

⁶⁷⁰ Participan de esta opinión PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 928; RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 118; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 658, y DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 179, según el cual "se trata de un mero requisito cronológico, sin atender a los medios empleados en su consecución"

⁶⁷¹ Así lo entienden ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 241, y DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 483 a 486. Este autor comienza señalando, al estudiar el cómputo del plazo para que la madre pueda suspender la inscripción, que el artículo 124 exige que el reconocimiento "se otorgue dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, pero no que se formalice ante el encargado del Registro Civil ni que se inscriba", por lo que "es posible, al parecer, que el reconocimiento se solemnice en escritura pública antes de que transcurran los ocho o dieciséis días desde que el nacimiento se produzca, pero que no se inscriba en el Registro civil hasta un año después del nacimiento" Los "absurdos resultados" a que conduce esta solución, que impediría a la madre suspender los efectos del reconocimiento, le llevan a interpretar que "podría sostenerse que la Ley se está refiriendo implícitamente al reconocimiento otorgado ante el encargado del Registro y no a las demás modalidades del reconocimiento formal", apoyándose para ello, a su vez, en una interpretación restrictiva del antiguo art. 186 R.R.c.

⁶⁷² No obstante, BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC...", ob. cit., págs. 268 y 269, afirma que la exención prevista por el art. 124, párrafo 2º, tiene dos linderos: una circunstancia estructural compleja y la necesidad de hacer posible determinada función. La circunstancia estructural "se integra por concurrencia de una formalidad y además una de dos formas en el comportamiento de reconocer, ligadas a otras tantas referencias que sugieren veracidad en las declaraciones: el reciente nacimiento del reconocido o la

aplicable íntegramente el régimen de eficacia previsto por el párrafo segundo del artículo 124 C.c., en el que se integra esa excepcional eficacia automática, la inscripción del reconocimiento no podrá ser posterior al año siguiente al nacimiento en el que la madre puede suspenderla.

A nuestro entender, cuando el artículo 124 C.c. se refiere al reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento, alude al reconocimiento formal del artículo 120.1º C.c., sin excluir ninguna de las formas previstas por este precepto. Lo que no basta, para aplicar artículo 124, párrafo segundo, es obviamente cualquier admisión de la paternidad, cualquier reconocimiento, pero sí el reconocimiento que sirve de título para determinar la filiación, con independencia de la forma utilizada de las varias entre las que da a elegir el ordenamiento: sólo entonces el reconocimiento será válido para determinar la filiación y, por haberse efectuado en un determinado tiempo, automáticamente eficaz. Mientras el reconocimiento se efectúe dentro del plazo para inscribir el nacimiento, tanto el que se haga en el acta de nacimiento o ante el Encargado del Registro como el que se recoja en otro documento público, aparte de entrar dentro del supuesto de hecho de la norma prevista en el artículo 124, párrafo segundo, C.c., revelan la misma diligencia del reconocedor en admitir la paternidad, en asumir la responsabilidad que conlleva; el recurso a un reconocimiento formal, que exige el cumplimiento de determinados requisitos para ser válido (como dirigirse expresamente al Registro Civil o ante un Notario que autorice el documento público), para descubrir la paternidad revela en todo caso la intención del progenitor de asumir las responsabilidades derivadas de la relación paterno-filial.

previsión de muerte del reconocedor. La formalidad, mal entendida en el debate parlamentario y peor contada en el texto que llegó a ser ley, hay que identificarla, en las dos vías de exención, con la inscripción en el Registro civil". Si no se cumple con esta formalidad en el plazo de un año desde el nacimiento, plazo en el que puede oponerse la madre al reconocimiento, sostiene el autor que el reconocimiento queda sometido a los requisitos de eficacia del art. 124, párrafo 1º, pues la inscripción en el Registro cumple una "función delimitadora de los perfiles del reconocimiento"

Se nos ocurre un posible contraargumento a la anterior consideración: puede que no sea digno de especial consideración, y por ello el representante legal del menor o el Juez deben intervenir en la determinación de la filiación, el reconocedor que no acude al Encargado del Registro inmediatamente después del nacimiento para hacer constar registral y, por tanto, públicamente su admisión de paternidad; falta de constancia que, en principio, puede ocurrir si se reconoce en documento público. Esta posible falta de inscripción del reconocimiento, si se efectúa en documento público, se ha esgrimido también por algún autor en defensa de una interpretación restrictiva en cuanto a la forma de reconocimiento apta para aplicar el artículo 124, párrafo segundo, C.c., pues puede transcurrir el año dado a la madre para oponerse al reconocimiento burlando así esta facultad materna⁶⁷³; razón que no creemos atendible porque el reconocedor y, sobre todo, los funcionarios autorizantes están obligados a comunicar el hecho al Registro, para que éste coincida con la realidad⁶⁷⁴, y, sobre todo, porque si efectivamente transcurre, en un caso concreto, el año siguiente al nacimiento sin producirse la inscripción del reconocimiento, dejaría de aplicarse el régimen especial regulado por el artículo 124 C.c., como explicaremos posteriormente.

Subsiste, no obstante, y a pesar de que en cualquier caso el reconocimiento va a ser objeto de inscripción o en su defecto dejaría de estar sometido al artículo 124, párrafo segundo, C.c., la duda sobre la posible intención del reconocedor al reconocer, no ante el Encargado del Registro, sino en otro documento público. Creemos que la admisión pública de

⁶⁷³ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 483, sostiene que es posible que "el reconocimiento se solemnice en escritura pública antes de que transcurran los ocho o dieciséis días desde que el nacimiento se produzca, pero que no se inscriba en el Registro civil hasta un año después del nacimiento", por lo que la madre no podría hacer efectivo su derecho al haber caducado del plazo.

⁶⁷⁴ Como nos dice PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931, "una vez otorgado el reconocimiento, la ley impone tanto al autor, como a los funcionarios autorizantes el cumplimiento de diversos deberes a fin de que, en efecto, se inscriba el reconocimiento (cf. arts. 24 L.R.c. y 95 R.R.c.)"

paternidad está ya en la misma forma elegida para reconocer, siendo el dato determinante para la especial consideración que merece el reconocedor la rapidez con que se produce esa admisión pública de paternidad. Son estos dos aspectos los que han de tenerse en cuenta: la forma pública y el tiempo en que se admite la paternidad, sin que pueda presumirse que la elección del documento público para reconocer denote un menor interés en el hijo o una dejación de responsabilidad por parte del progenitor que autoricen a pensar en la necesidad del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial para que despliegue sus efectos el reconocimiento.

En consecuencia, no están sometidos al consentimiento del representante legal ni a la aprobación judicial, siempre que se efectúen en el plazo señalado, el reconocimiento ante el Encargado del Registro civil, en el momento de inscribir el nacimiento o con posterioridad, y el reconocimiento en cualquier documento público, ya se otorgue antes o después de la inscripción de nacimiento. Esta solución, que no restringe las formas en que se puede reconocer, ha sido corroborada por el artículo 188 R.R.c., que desarrolla el artículo 124, párrafo segundo, C.c., al aludir expresamente al documento público: <<también es inscribible, sin necesidad de dicho consentimiento o aprobación, el reconocimiento de menores o incapaces otorgado en otro documento público dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento>>.

2.2. Reconocimiento en testamento notarial abierto.

¿Qué ocurre con los reconocimientos efectuados en testamento abierto notarial (documento público antes de la muerte de su autor) dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento? Partimos de la base de que esos reconocimientos son eficaces en vida de su autor, por las razones expuestas en otro lugar de esta obra, pero ¿están sometidos

al consentimiento del representante legal del menor o a la aprobación judicial, como en general cualquier reconocimiento en testamento eficaz antes de la muerte del testador, o, por el contrario, son eficaces sin necesidad de esos requisitos por haberse otorgado dentro del plazo indicado?

A primera vista, parece evidente que este reconocimiento, por haberse efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, será eficaz sin necesidad del consentimiento ni de la aprobación previstos por el primer párrafo del artículo 124 C.c., pues se trata de un reconocimiento en testamento-documento público que, según la interpretación amplia que hemos mantenido, cumple con la forma exigida por el segundo párrafo del precepto. Sin embargo, no parece ser ésta la solución que se desprende del artículo 188 R.R.c.

Este precepto, en su primera parte, interpreta el artículo 124, párrafo segundo, C.c. en el sentido de que el reconocimiento en testamento será eficaz sin necesidad del consentimiento del representante legal del hijo o de la aprobación judicial sólo cuando el reconocedor ya haya fallecido, sin pronunciarse expresamente sobre la situación en que queda dicho reconocimiento si es eficaz en vida del reconocedor. Si se considera que efectivamente un reconocimiento testamentario puede tener eficacia *inter vivos*, la regla general que, *sensu contrario*, cabe extraer de la norma registral es que se necesita para ello ese consentimiento o esa aprobación, excluidos si tiene eficacia *post mortem*. Pero cabe la posibilidad de que ese reconocimiento testamentario que puede ser eficaz en vida del testador se otorgue dentro del plazo para inscribir el nacimiento o después. Si se reconoce después, la regla deducida no plantea ningún problema, pues estos reconocimientos en todo caso están sometidos a determinados requisitos de eficacia, pero si se reconoce dentro de ese plazo, la exigencia general de consentimiento o de aprobación, que hemos deducido de la no exigencia de éstos si tiene eficacia *post mortem*, choca con la regulación específica que establece el párrafo segundo del artículo 124 C.c. para

todo reconocimiento efectuado inmediatamente después del nacimiento.

El sometimiento de todo reconocimiento testamentario eficaz en vida del testador a requisitos complementarios se extrae además de la segunda parte del precepto, que regula el reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, también exonerado del consentimiento o la aprobación si se contiene en *otro* documento público, es decir, distinto del testamento. De esta mención de <<otro documento público>> puede deducirse tanto que el testamento, con el que se pone en relación, debe ser documento público para servir de título de determinación legal de la filiación (lo mismo que cabe deducir de la redacción del artículo 120.1º C.c.), como que no entra en el supuesto de hecho de la norma el reconocimiento en testamento-documento público efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.

La lectura del primer párrafo del artículo 188 R.R.c., que interpreta los dos supuestos de reconocimiento de menor o incapaz exonerados de requisitos complementarios de eficacia, nos proporciona, por tanto, una primera solución a la pregunta que planteábamos: el reconocimiento testamentario efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento necesita el consentimiento del representante legal del hijo o la aprobación judicial para ser eficaz en vida del testador.

Esta solución, como hemos dicho, es contraria al régimen establecido por el artículo 124, párrafo segundo, C.c. al que están sometidos todos los reconocimientos que se hacen dentro del plazo para inscribir el nacimiento: <<no será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento (*cualquier reconocimiento formal*) se hubiere efectuado... dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento>>. Se puede argumentar, en contra de la interpretación que se deduce del texto del artículo 188 R.R.c., que el legislador, al reformar este precepto, no pensó en la posibilidad de los reconocimientos

testamentarios efectuados dentro del plazo tantas veces mencionado, pues al regular, en general, el reconocimiento en testamento, sólo se preocupa de aclarar que debe haber fallecido el reconocedor para que pueda ser eficaz sin necesidad del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial, dejando en el aire las dudas sobre la posible eficacia inmediata de dicho reconocimiento y, admitida esta eficacia, el distinto régimen al que puede quedar sometido dependiendo del tiempo en el que se formalice. Pero, si bien la primera duda puede resolverse satisfactoriamente en favor de la eficacia *inter vivos* del reconocimiento testamentario siempre que cuente con el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, la segunda presenta la dificultad de superar, para resolverla de acuerdo con los términos amplios del artículo 124, párrafo segundo, C.c., el obstáculo que representa la mención expresa de <<otro documento público>>, distinto por tanto al testamento, como presupuesto formal de la no exigencia de requisitos complementarios si el reconocimiento se efectúa dentro del plazo para inscribir el nacimiento.

Desde luego, este problema no se les plantea a los autores que defienden una interpretación restrictiva (sólo cabe el reconocimiento en el acta de nacimiento o ante el Encargado del Registro, ningún otro documento público) de la regla referida a los reconocimientos efectuados dentro de plazo, pero, siendo partidarios de entender que el artículo 124, párrafo segundo, C.c. no excluye ninguna forma de reconocimiento, estamos obligados a enunciarlo y a tratar de encontrarle una solución que no violente el régimen legal sobre determinación de la filiación no matrimonial en virtud de reconocimiento. Es precisamente a este régimen legal, al fundamento y principios que lo informan, a lo que habrá que estar, más que al tenor literal del artículo 188 R.R.c. (no olvidemos que es una norma reglamentaria que interpreta lo establecido por la Ley), para decidir si el reconocimiento testamentario dentro de plazo está sometido a requisitos de eficacia o no.

El fundamento del trato privilegiado otorgado a los reconocimientos que se realizan poco después del nacimiento del hijo se resume, si se aceptan nuestras ideas, en tres notas: especial consideración hacia el progenitor diligente, beneficio para el hijo menor de edad, y aumento de la probabilidad de que el reconocimiento sea verdadero. Si estas tres notas las cumple el reconocimiento testamentario objeto de discusión, tendremos el fundamento suficiente para privilegiarlo también, para no someterlo al consentimiento del representante legal o a la aprobación judicial. Creemos que sí se cumplen, porque nacen del tiempo en el que se reconoce y no de la forma utilizada, por lo que tampoco el reconocimiento, siempre que se haga dentro de plazo, contenido en testamento necesita el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial para ser eficaz.

3. Régimen de eficacia de estos reconocimientos.

1. Eficacia automática, pero provisional, del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.

El segundo párrafo del artículo 124 C.c. establece lo que pretende ser un completo régimen de eficacia para los reconocimientos efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento y para los reconocimientos testamentarios. En realidad, según la interpretación dada a éstos últimos y la que a continuación expondremos sobre la posibilidad de suspender la eficacia prevista por el precepto, sus disposiciones sólo caben para los reconocimientos inmediatos al nacimiento del hijo, disposiciones que han de entenderse en su conjunto, no aisladamente, para ofrecer un examen coherente de este régimen especial.

Este régimen se desgrana en una serie de reglas correlativas, que se inician con la eficacia automática del reconocimiento. A nuestro entender, la Ley concede una eficacia provisional a los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento, eficacia que se deriva de su mero otorgamiento, pero que necesita para llegar a ser definitiva

un requisito más que es el no ejercicio por la madre, en el año siguiente al nacimiento, de la facultad de suspensión de la inscripción de paternidad. Si efectivamente se suspendiese esta inscripción, quedaría en suspenso la eficacia inicial alcanzada por el reconocimiento, necesitándose la aprobación judicial para confirmarla.

La eficacia del reconocimiento es automática porque no se exige el previo consentimiento del representante legal o la previa aprobación judicial para alcanzarla. Basta el otorgamiento del reconocimiento dentro de plazo para que quede determinada la filiación. Pero esta eficacia es provisional porque la madre del reconocido puede suspenderla. Como desarrollaremos más detenidamente en los epígrafes correspondientes, la regulación de esta facultad de suspensión nos permite hablar de un consentimiento tácito exigido para que el reconocimiento alcance eficacia definitiva, consentimiento que se produciría si, transcurrido un año desde el nacimiento del hijo, la madre no pide la suspensión de la inscripción de paternidad. Si este consentimiento no se presta, es decir, si la inscripción del reconocimiento paterno se suspende, la eficacia del mismo queda en suspenso a la espera de que se confirme o no por la concesión o denegación de la aprobación judicial.

Éste es a grandes rasgos el régimen de eficacia regulado, que desarrollaremos, con las debidas matizaciones, a continuación. Para ello, resulta fundamental el estudio de la posibilidad legal de suspensión de la inscripción de paternidad, pues en torno a ella gira la interpretación que ha de darse a este régimen especial.

2. Suspensión de la inscripción de paternidad.

2.1. Posibilidad de suspender la inscripción de paternidad.

2.1.1. Justificación de la imposibilidad de suspender la inscripción de maternidad.

Se ha alegado por algún autor que la Ley confiere esta facultad a la madre "en atención a que ella, que, en principio, es cierta siempre, conoce, en general, mejor que nadie quién

puede ser el padre y en atención también a su juicio negativo sobre el interés del reconocimiento para el reconocido"⁶⁷⁵. A pesar de esta defensa, la doctrina critica esta facultad de suspensión de la madre, por considerarla discriminatoria⁶⁷⁶ y "de difícil justificación"⁶⁷⁷. Estas afirmaciones nos parecen clarificadoras para centrar las cuestiones que vamos a abordar sobre la justificación, el fundamento y la valoración de la figura.

Comencemos preguntándonos por la posible justificación de la facultad de suspensión concedida exclusivamente a la madre. Creemos que puede tenerla si la relacionamos con el período de tiempo concreto que se tiene en consideración por el legislador tanto para calificar el reconocimiento paterno al que puede oponerse la madre como para establecer un modo específico de determinar la filiación materna: el plazo para practicar la inscripción de nacimiento.

Nos parece fundamental resaltar que si la madre tiene esta facultad, pensada únicamente para el reconocimiento paterno efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, es porque su filiación también ha quedado determinada dentro de dicho plazo de

⁶⁷⁵ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 930. POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 137-138, si bien considera que "aparentemente", la facultad de suspensión tiene un doble fundamento: la verdad biológica y el interés del hijo, "porque el plazo que se concede para el ejercicio de este derecho es excesivo si sólo hubiera de tenerse en cuenta la verdad biológica", pues la madre sabe si el reconocimiento es falso desde el mismo momento en que se le notifica la inscripción del reconocimiento, acaba manteniendo que con esta facultad no se protegen ni la verdad biológica ni los intereses del hijo. Díez del Corral, "La inscripción registral de la filiación", ob. cit., pág. 60, entiende que en los casos previstos por el art. 124, párrafo 2º, "no se ha exigido para la inscripción de la paternidad el concurso de la madre y es explicable que se dé a ésta ciertas posibilidades de reacción por vía extrajudicial"

⁶⁷⁶ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 480, y Díez del Corral, "La inscripción registral de la filiación", ob. cit., pág. 60. Este último autor considera también que "no se contempla el supuesto inverso de que el padre haya reconocido primero y sea posterior a la inscripción de paternidad el reconocimiento otorgado por la madre"

⁶⁷⁷ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 119.

tiempo⁶⁷⁸. Y es precisamente en este plazo para inscribir el nacimiento en el que se prevé un modo de determinar la filiación materna que no cabe aplicar a la filiación paterna y que, y esto es lo esencial, tampoco necesita ni del consentimiento ni de la aprobación de nadie distinto de la madre para tener efectos: la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente <<respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil>> (art. 120.4º C.c.)⁶⁷⁹.

Se puede extraer de lo anterior que la determinación de la filiación materna, cuando se produce dentro del plazo para inscribir el nacimiento y en virtud del artículo 120.4º C.c., no se deriva de un reconocimiento voluntario, de un medio que como regla general se somete al consentimiento o aprobación de otras personas para ser eficaz, sino de una específica disposición legal que excluye en todo caso la necesidad de algún requisito complementario por las especiales circunstancias que concurren en el caso: la maternidad resulta cierta o probada

⁶⁷⁸ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931, entiende por el contrario que basta que la filiación materna se determine dentro del año siguiente al nacimiento, al considerar que "no importa que, mientras el padre haya reconocido al hijo desde el primer momento, la madre haya retrasado el reconocimiento hasta finales del primer año del nacimiento". En cuanto a DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 482, sólo aclara que es necesario que la filiación materna esté ya determinada para poder suspender la inscripción, pero no especifica si ya debe estar determinada en el momento del reconocimiento. En nuestra opinión, carece de toda justificación que el reconocimiento de un padre diligente pueda verse privado de eficacia por la sola voluntad de la madre que tarda en asumir su responsabilidad materna; por ello mantenemos que el plazo de un año sólo debe ser relevante, pues ésta es además su función, a los efectos de computar el plazo de tiempo en el que la madre, cuya filiación también se ha debido determinar inmediatamente después del nacimiento, puede pedir la suspensión.

⁶⁷⁹ Fuera de este supuesto, la madre necesita reconocer al hijo (o acudir al expediente o a la sentencia previstos por los números 2º y 3º del Código civil) para que su filiación quede determinada, lo que implica que ese reconocimiento, como cualquier otro, queda sometido a los requisitos de eficacia exigidos por los preceptos correspondientes del Código. Por tanto, si el padre reconociese al hijo menor de edad dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento y la madre en un momento posterior, este último reconocimiento necesitaría el consentimiento del representante legal del hijo, que será normalmente el padre, o la aprobación judicial.

por el parte médico que debe acompañar a la declaración de nacimiento⁶⁸⁰ y su determinación tiene lugar en un período de tiempo que el legislador considera privilegiado y digno de un trato de favor (pues también lo tiene en cuenta al regular el reconocimiento paterno). En cambio la paternidad, aunque también se determine dentro del plazo legal expresado, sigue estando necesitada de un reconocimiento voluntario que la manifieste, acto que normalmente sí está sometido a algún requisito adicional de eficacia. Teniendo esto presente, es decir, la distinta forma en que se determina dentro del plazo para inscribir el nacimiento la filiación materna y la filiación paterna, resulta coherente con todo el régimen de la filiación, primero, que no se exija para la determinación de la materna un comportamiento omisivo, lo que vendría a ser el no ejercicio de la facultad de suspensión si se hubiese concedido ésta al padre, ya que no se exige una declaración positiva, es decir, el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, para dicha determinación; y segundo, que esté sometido a algún tipo de control, como generalmente lo está (cfr. arts. 123, 124, párrafo 1º, y 126 C.c.), el reconocimiento.

Con esta argumentación se justifica, a nuestro entender, que el padre no pueda "suspender" la determinación de la filiación materna, que no se considere como sujeto activo de una hipotética facultad de suspensión referida a la filiación materna. Argumento que se ve fortalecido por la sistemática del propio artículo 124 C.c., que establece el régimen al que queda sometido un determinado medio de determinar la filiación: todas sus disposiciones (incluida la referida a la facultad de suspensión) deben afectar a ese concreto medio de determinación que es el reconocimiento. Esto unido a que puede presumirse que, en el plazo

⁶⁸⁰ El art. 47 L.R.c. establece que <<en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria>>; y el artículo 181 R.R.c. que <<el padre que promueve dentro del plazo la inscripción de nacimiento, en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien hubiere tenido el hijo, siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción>>.

de tiempo del que parte el párrafo segundo del precepto para regular la facultad de suspensión, la filiación materna no quedará determinada por reconocimiento sino en función del artículo 120.4º C.c., nos lleva también a la anterior conclusión: no se prevé que el padre esté facultado para suspender la inscripción de la filiación materna porque esta facultad de suspensión debe incidir sobre un reconocimiento, y la filiación materna en el período de tiempo que se toma como referencia no queda determinada en virtud de un reconocimiento.

Es más, en el supuesto improbable de que la madre sea la que inscriba el nacimiento de su hijo y a la vez lo reconozca, ese reconocimiento, que irá acompañado del parte médico en el que constará el nombre de la madre-reconocedora, cabe subsumirlo en el artículo 120.4º C.c., como declaración que es de la maternidad, igual que la de cualquier otra persona que acuda a inscribir el nacimiento. Dentro del plazo para inscribir el nacimiento la madre no necesita reconocer a su hijo, ni por tanto ningún consentimiento o aprobación complementarios, para que la filiación materna quede determinada, siempre que haya coincidencia entre la declaración del nombre de la madre y el parte o comprobación exigidos por la legislación registral. De modo que si esa declaración la efectúa la propia madre, por medio de un reconocimiento, tampoco será necesario ningún requisito complementario de eficacia.

2.1.2. La posibilidad de suspensión se concede a la madre como representante legal del hijo.

Una vez conseguida una interpretación que salve del calificativo de discriminatoria a la exclusión del padre como titular de la facultad de suspensión, procede intentar justificar que se conceda esta facultad y precisamente a la madre, lo que nos lleva además al estudio de su fundamento.

Lo primero que observamos es que el establecimiento de la facultad de suspender la

inscripción del reconocimiento realizado dentro del plazo legal previsto, se encuadra, en principio de forma coherente, dentro de la opción que el legislador español ha elegido de someter la eficacia de los reconocimientos de filiación a determinados requisitos complementarios: así como en otros ordenamientos, como el francés, el reconocimiento es válido y eficaz por sí solo, en el nuestro se ha optado por dar intervención, para la determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento, a otras personas distintas del reconocedor, que varían dependiendo de si el sujeto pasivo del reconocimiento es mayor de edad, menor o incapaz, o ya fallecido. En el supuesto que comentamos, reconocimiento dentro del plazo para inscribir el nacimiento, se exige un comportamiento omisivo, el no ejercicio de la facultad de suspensión, para que el reconocimiento alcance una eficacia definitiva; un requisito complementario que, por otra parte, opera *a posteriori*, cuando el reconocimiento ya ha alcanzado eficacia. Son éstas las diferencias que lo separan de los supuestos normales, como el reconocimiento de hijo mayor de edad, de hijo menor o incapaz sometido al régimen ordinario o de hijo ya fallecido, en los que se exige una declaración positiva, ya sea expresa o tácita, para que el reconocimiento adquiera eficacia, es decir, como requisito *a priori* de eficacia.

A continuación, y ya que la facultad de suspensión afecta a reconocimientos de menores de edad, lo que debe tratarse es si esta facultad concedida a la madre encaja dentro del régimen general previsto para dichos reconocimientos o, por el contrario, supone una desviación o una quiebra de este régimen. Intentar establecer una posible relación, o falta de ella, entre el régimen ordinario previsto en el primer párrafo del artículo 124 C.c. y el régimen, que podemos llamar extraordinario, del segundo párrafo, nos parece plenamente justificado por la sencilla razón de que en ambos casos estamos ante un reconocimiento de hijo menor de edad, reconocimiento que se somete en el primero al consentimiento del

representante legal o a la aprobación judicial y en el segundo, al no ejercicio de la facultad de suspensión por parte de la madre. Es más, para llevar a cabo esta labor, tenemos que tomar en consideración los dos regímenes de eficacia del reconocimiento, contemplados en el artículo 124 C.c., en su conjunto, es decir, contemplando la facultad de suspensión como un elemento más de todo el régimen previsto para los reconocimientos de menores de edad otorgados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento. Y así, la comparación de los dos párrafos del artículo 124 C.c., atendiendo al tiempo en el que se reconoce al hijo menor de edad, nos permite realizar esta doble afirmación: el reconocimiento de un hijo menor de edad transcurrido el plazo para inscribir el nacimiento, será eficaz si concurre el consentimiento de su representante legal o la aprobación judicial; el reconocimiento de un hijo menor de edad dentro del plazo para inscribir el nacimiento, será definitivamente eficaz si, transcurrido un año desde el nacimiento, la madre no suspende su inscripción, o si, suspendida dicha inscripción, es posteriormente confirmada por aprobación judicial.

Partiendo de lo anterior, las diferencias que se observan, a primera vista, entre los dos regímenes de eficacia establecidos por el artículo 124 C.c. son las siguientes:

a) el reconocimiento otorgado después del plazo para la inscripción de nacimiento sólo adquiere eficacia en el momento en que se da el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, mientras que el otorgado dentro de ese plazo es automáticamente eficaz sin necesidad de esos requisitos, si bien esa eficacia será provisional hasta que no transcurra un año desde el nacimiento sin haber pedido la madre la suspensión de la inscripción del reconocimiento;

b) si el reconocimiento se efectúa después del plazo para la inscripción de nacimiento, se exige el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, en cambio, si se

hace dentro de ese plazo, se exige el consentimiento (implícito en el no ejercicio de la facultad de suspensión) de la madre o, en defecto de éste (pues se ha pedido la suspensión), la aprobación judicial;

c) la aprobación judicial prevista para los reconocimientos realizados pasado el plazo para inscribir el nacimiento se exige para dar eficacia al acto, debiendo oírse al Ministerio Fiscal y al progenitor legalmente conocido, mientras que la aprobación judicial aplicable a los reconocimientos efectuados dentro de ese plazo tiene como finalidad confirmar la inscripción de filiación suspendida, es decir, confirmar la eficacia suspendida del reconocimiento, exigiéndose sólo la audiencia del Ministerio Fiscal.

¿Sería posible entender que alguna de estas diferencias es sólo aparente? Evidentemente, algún signo distintivo debe existir entre uno y otro régimen, que no se puede obviar porque la Ley claramente toma en consideración el momento en el que se efectúa el reconocimiento para regular de forma independiente la eficacia del reconocimiento de hijo menor de edad que se formaliza dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento. La Ley distingue, por lo que su intérprete debe igualmente distinguir. Pero esta interpretación pensamos que debe tratar también de cohesionar, en la medida de lo posible, las disposiciones legales para dar coherencia al sistema, dando soluciones diversas a situaciones que también lo son y asimilando aquéllas otras que no hay razón para diferenciar.

En base a este planteamiento, creemos que lo característico del régimen establecido en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., lo que lo diferencia del régimen ordinario, es que el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento puede tener eficacia, provisional, sin que concurran los requisitos que como regla general se exigen para todo reconocimiento de menor de edad en el párrafo primero. Es en este inicial modo de adquirir eficacia, distinto al ordinario, en lo que incide el tiempo inmediatamente posterior al

nacimiento en que se reconoce, es decir, el elemento fáctico diferenciado por el legislador para establecer un régimen distinto de eficacia para los reconocimientos de menores de edad. Es este especial trato de favor, esa eficacia automática, aunque provisional, la única diferencia, de todas las que hemos visto, entre el régimen ordinario y el extraordinario regulados en el artículo 124 C.c. que puede justificarse en el diferente momento en que se reconoce elegido por el legislador para fundar un tratamiento específico de la eficacia del reconocimiento de menor de edad. Si el legislador concede la posibilidad de atacar esa eficacia automática, no hay razón que justifique que pueda hacerlo la madre y no el representante legal del hijo, o que haya diferencias entre la aprobación judicial prevista en el primer párrafo del artículo 124 y la aprobación judicial del segundo párrafo. En definitiva, no hay razón que justifique que se distingan los requisitos necesarios para que un reconocimiento adquiriera eficacia plena, ya sea porque no la tenga o ya sea porque no la tiene definitiva hasta que no se den aquéllos.

Son las anteriores consideraciones las que nos han llevado a buscar una interpretación de la facultad de suspensión concedida a la madre que justifique su mención en el artículo 124 C.c. y que permita dar una estructura lógica a todo el sistema de determinación de la filiación por reconocimiento, y, en concreto, a las disposiciones sobre la eficacia del reconocimiento de hijo menor de edad.

En primer lugar, hay que preguntarse por qué se le concede expresamente a la madre, y no al representante legal del hijo, la facultad de suspender la inscripción del reconocimiento, cuál es su fundamento. Puede pensarse que el fundamento último es el mismo que el del consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, en la medida en que en uno y otro caso la voluntad del reconocedor se encuentra contrarrestada por la de otros sujetos, necesitándose ambas para que la filiación quede determinada de forma plena o definitiva (al

menos extrajudicialmente): mientras que en el primer párrafo del artículo 124 C.c. se requiere que esos sujetos distintos del reconocedor participen activamente, en el segundo párrafo basta una actuación pasiva para que devenga firme la determinación de la filiación. Hay, pues, cierto paralelismo entre la facultad de suspensión concedida a la madre y el consentimiento del representante legal previsto en el artículo 124, párrafo primero, C.c.

Por otra parte, en estos casos de reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento, nos encontramos con una determinación de la filiación en la que se prescinde, en principio, del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial. Decimos en principio, porque, si bien el reconocimiento es eficaz, esa eficacia sólo es provisional. Es como si el legislador diera marcha atrás, exigiendo, para la eficacia definitiva del reconocimiento, la concurrencia de alguno de estos requisitos: o el consentimiento de la madre implícito en la no suspensión de la inscripción, o la aprobación judicial si la madre no presta ese especial consentimiento, es decir, si pide la suspensión de la inscripción. Así planteada la solución contenida en el artículo 124, párrafo segundo, C.c., vemos que guarda semejanza con la regla del artículo 124, párrafo primero: el reconocimiento será eficaz si concurre, o el consentimiento del representante legal del menor, o la aprobación judicial. Entendida la facultad de suspensión de la madre como un consentimiento (o no consentimiento, dependiendo de si se ejercita o no) posterior del reconocimiento, su función parece asimilarse a la del representante legal, que consiste igualmente en prestar su consentimiento, en este caso expreso y anterior a la determinación de la filiación, al reconocimiento.

Por último, y en relación con la anterior afirmación de que el artículo 124, párrafo segundo, C.c. exige, para la eficacia definitiva del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, o el consentimiento de la madre o la aprobación judicial, nos

llama la atención que se haya omitido por la Ley la mención del consentimiento del representante legal como requisito necesario, como lo es la aprobación judicial, para la confirmación de la inscripción omitida. No se ha previsto que, una vez suspendida la inscripción por la madre, puede confirmarse con el consentimiento del representante legal o con la aprobación judicial, que sería lo lógico por concordancia con el régimen general de eficacia regulado por el primer párrafo del precepto, y que demostraría sin lugar a dudas que la intención del legislador al expresar "madre" era conceder en particular a la madre como tal, con independencia de si ostenta la representación legal del hijo o no, la facultad de suspensión, es decir, una especial intervención en la eficacia del reconocimiento cuando se efectúa dentro del plazo para inscribir el nacimiento, intervención que puede no tener (por no ser representante legal) cuando se efectúa el reconocimiento en un momento posterior. Se puede deducir de la exclusión del consentimiento del representante legal que la Ley, cuando dice "madre", implícitamente se está refiriendo a la madre como representante legal del hijo, a la madre que es a su vez representante legal del menor, lo que sí sería coherente con el régimen ordinario de eficacia de los reconocimientos de menores: la madre, como representante legal del hijo, presta su consentimiento al reconocimiento dejando pasar un año desde el nacimiento sin suspender su inscripción; si la madre no presta su consentimiento como representante legal del hijo, es decir, si suspende la inscripción del reconocimiento, entonces será necesaria la aprobación judicial para que tenga plena eficacia.

En base a las anteriores consideraciones, se resuelve la incongruencia de dar intervención a la madre en todo caso en la eficacia de un reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, y no dársela en la eficacia de un reconocimiento que se realiza después. Si la expresa mención de "madre" lleva a pensar que

se busca el control de la veracidad del reconocimiento, pues la madre es la que mejor puede saberlo, las mismas razones que hay para controlar esta veracidad en un momento cercano al nacimiento, las hay en un momento posterior, incluso más en este caso, porque desaparece esa confianza que deposita el legislador en los reconocimientos efectuados dentro de plazo, plazo inmediato al nacimiento que supone una garantía de la presunción de veracidad que acompaña a todo reconocimiento. Deja de ser incongruente la mención de la madre en el párrafo segundo del artículo 124 C.c. si entendemos que, además de madre, debe ser la representante legal del hijo para poder ejercitar la facultad que le permite suspender la eficacia de un reconocimiento paterno. Siendo esa mención específica de la madre, y no en general del representante legal del menor, un exponente más del trato de favor dispensado al padre que asume diligentemente sus obligaciones como progenitor: sólo puede suspender la eficacia de su reconocimiento la madre que representa los intereses del hijo, pero no cualquier otra persona que ostente la representación legal del menor.

La interpretación que mantenemos⁶⁸¹ incide en el fundamento de la facultad de suspensión y, consecuentemente, en los criterios que, en línea de principio, deben presidir la actuación de la madre: como representante legal del hijo, debe valorar ante todo el interés del menor en el reconocimiento paterno, se le concede la facultad de negarse a que devenga definitivamente eficaz el reconocimiento porque representa los intereses del menor y debe velar por ellos. Es en función del sujeto reconocido, menor de edad necesitado de protección

⁶⁸¹ Contraria a la de la doctrina más representativa, como PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob.cit., pág. 931, que expresamente considera que esta facultad de suspensión se concede a la madre "por ser tal y no a título de representante legal del menor". Por tanto, también la madre privada de la patria potestad tendría esta facultad y, según el autor, tendría en cuenta el interés del reconocido, pero, ¿puede decidir una madre privada de la patria potestad sobre lo que mejor convenga a su hijo? No nos parece por ello acertado defender a la vez que el fundamento de la facultad de suspensión sea la defensa del interés del reconocido y que se conceda a la madre con independencia de si ostenta o no la representación legal del hijo.

que no puede actuar por sí mismo, que se le otorga a la madre la facultad de suspender los efectos de un reconocimiento paterno, no por ella misma⁶⁸² o porque, como madre, tenga derecho a decidir si queda determinada o no la filiación paterna de su hijo. Esto nos lleva también a sostener que no es el especial conocimiento que de la realidad de la paternidad puede tener únicamente la madre lo que fundamenta que se le conceda sólo a ella la posibilidad de suspender la eficacia del reconocimiento, pues ello equivaldría a admitir que la madre está legitimada precisamente por ser quién es, por ser precisamente "madre", a título propio y no como representante del hijo menor de edad, que es el directamente implicado, junto con el reconocedor, en la determinación de la filiación paterna. Además, no tiene sentido entender que, cuando el reconocimiento se efectúa dentro del plazo para inscribir el nacimiento, la madre interviene en su eficacia porque sabe si coincide o no con la verdad biológica, pues también lo sabrá cuando el reconocimiento se efectúa con posterioridad y, sin embargo, no se le da esa intervención como no sea como representante legal del hijo⁶⁸³.

Ahora bien, si lo que se pretende ante todo es la defensa de los intereses del hijo, ¿por qué se menciona expresamente a la madre y no, en general, al representante legal del hijo? ¿Por qué cualquier otro representante legal del hijo no puede suspender la eficacia del reconocimiento paterno? La respuesta a la primera pregunta planteada la encontramos

⁶⁸² El art. 250 del Codice civile también exige el consentimiento del otro progenitor, no del representante legal del hijo, para que el reconocimiento sucesivo de hijo menor de dieciséis años tenga eficacia, y sin embargo la doctrina mantiene que el progenitor debe actuar en interés del hijo reconocido, apoyada, bien es verdad, en la particular redacción del precepto italiano. Así, FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 151, sostiene que "il consenso del genitore non è richiesto a tutela di un interesse proprio, ma dell'interesse del figlio. La legge esprime questo concetto dicendo che <<il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento corrisponda all'interesse del figlio>>".

⁶⁸³ No es éste el parecer de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 487, quien estima que con esta facultad de suspensión se trata de conceder a la madre una protección especial ante el riesgo de que el reconocedor no sea realmente el padre de su hijo. Desacertado juicio, a nuestro entender, por partida doble, porque ni se trata de proteger a la madre, sino al hijo, y porque el riesgo es mayor en el resto de los supuestos de reconocimiento y, sin embargo, no se le concede al hijo esa protección especial.

precisamente en la exclusión de esta posibilidad de suspensión respecto de la determinación de la filiación materna dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. Se menciona concretamente, y de manera sintética, a la madre para excluir esta posibilidad.

Respecto de la segunda cuestión, ya hemos dicho previamente que esta limitación puede entenderse como un ejemplo más del trato de favor dispensado al reconocedor que asume inmediatamente su paternidad: el legislador presume que el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento es beneficioso para el hijo, por lo tanto no se permite a cualquier representante legal del hijo que decida si efectivamente responde dicho reconocimiento a los intereses del hijo o no, sólo al representante legal que es además la madre del menor, unida a él por naturales lazos afectivos, conocedora de la personalidad del reconocedor y de si es o no el verdadero padre, en definitiva la persona más cercana al hijo y con mayores elementos de juicio para, ya que el legislador considera necesaria la intervención de alguien distinto del reconocedor para la determinación de la filiación paterna, poder atacar esa presunción⁶⁸⁴.

2.1.3. Imposibilidad de suspender la inscripción de paternidad si el reconocimiento cuenta con el consentimiento del representante legal o con la aprobación judicial.

Cabe que nos preguntemos también aquí si la madre sigue teniendo esta facultad de suspensión cuando el reconocimiento efectuado dentro del plazo para la inscripción del nacimiento cuenta con el consentimiento del representante legal o con la aprobación judicial previstos en el primer párrafo del artículo 124 C.c. Está claro que el supuesto de hecho de la norma son los reconocimientos otorgados dentro de ese plazo, eficaces en principio sin necesidad de ningún requisito complementario, y no los que se otorguen con posterioridad, que

⁶⁸⁴ Esto es lo que en teoría cabe pensar, aunque en la práctica la madre pueda suspender o no la eficacia del reconocimiento por motivos ajenos al interés de su hijo, como el representante legal al consentir o no el reconocimiento.

quedan sometidos al consentimiento del representante legal o a la aprobación judicial. Pero queda sin regular el caso concreto sobre el que nos preguntamos, que puede incluirse tanto en el régimen ordinario previsto en el primer párrafo del artículo 124, pues se han cumplido los requisitos de eficacia que establece para todo reconocimiento de menor o incapaz, como en el especial del segundo párrafo, por tratarse de uno de los reconocimientos específicos que conforman su supuesto de hecho.

Lo primero que tendríamos que matizar, congruentes con nuestra tesis de que la madre sólo puede suspender la inscripción de paternidad en concepto de representante legal del menor, es que si precisamente es la madre el representante legal que ha prestado su consentimiento al reconocimiento, no podría ir contra sus propios actos denegando después ese consentimiento mediante el ejercicio de la facultad de suspensión. Por otra parte, si la madre no es el representante legal del menor, no estaría legitimada para solicitar la suspensión de la inscripción del reconocimiento paterno.

Pero, para no dejar ningún cabo suelto, y como nuestra tesis puede no ser compartida, prescindamos de lo anterior y partamos, como la generalidad de la doctrina, de que la madre actúa en concepto de tal solicitando la suspensión de la inscripción de paternidad. Se ha llenado el vacío al que nos hemos referido en las líneas anteriores señalando que "la Ley da intervención a la madre respecto de los reconocimientos para los que no se exige un consentimiento o aprobación ulterior por haberse efectuado en circunstancias tales que les hace merecer (...) un trato de favor. Pero si, prescindiendo de este trato de favor, el reconocimiento es sometido al régimen ordinario (completándose con el consentimiento del representante legal o con la aprobación), no puede tal reconocimiento ser peor tratado que cuando, por las circunstancias en que se produce, merece un régimen de mayor rigor"⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931.

Aunque coincidimos con el resultado al que se llega y el motivo último que lo justifica, nos parece matizable la razón jurídica que se aporta, es decir, el sometimiento al régimen ordinario del reconocimiento. Pensamos que la madre no puede suspender la eficacia de un reconocimiento que cuenta con el consentimiento del representante legal del hijo o con la aprobación judicial porque sencillamente no ostenta este poder. La facultad de suspensión tiene su justificación, con independencia de los supuestos de reconocimiento a los que se refiere, en la no concurrencia de requisitos complementarios para la eficacia de un reconocimiento; por tanto, si concurren, aunque no se derive de ellos esa eficacia, desaparece la razón de ser de dicha facultad. Más concretamente, aunque estemos ante un reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, supuesto de hecho de la norma que prevé la facultad de suspensión, la intervención del representante legal o del Juez a favor del reconocimiento dejan sin fundamento aquélla. No consiste, por tanto, la solución que mantenemos en someter este tipo de reconocimiento al régimen ordinario, donde no se prevé la suspensión de su inscripción, porque se entendería con ello que el reconocimiento es eficaz por darse el consentimiento del representante legal del menor o la aprobación judicial, cuando en realidad esa eficacia se produce automáticamente sin necesidad de esos requisitos y porque así lo establece expresamente la Ley. Se trata, en cambio, de sostener que la existencia de requisitos complementarios, que no inciden directamente en la eficacia del reconocimiento (indirectamente sí, pues impedirán que la eficacia se suspenda), priva de razón de ser a la facultad de suspensión prevista en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., haciéndola inaplicable al supuesto concreto que estudiamos.

Queda por hacer todavía una observación, evitable si se entiende que estos reconocimientos consentidos o aprobados están sometidos al régimen ordinario del primer

párrafo del artículo 124 C.c., y que podría llevarnos a una solución contraria a la mantenida en el texto. Imaginemos que en el artículo 124, párrafo segundo, y para esos concretos reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento, se establece un régimen especial de eficacia en el que es irrelevante que se dé o no el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, pues ya son eficaces antes sin necesidad de esos requisitos. En la medida en que se mantenga que este régimen especial otorga una facultad a la madre, en concepto de tal, y que ésta puede ser persona distinta del representante legal, podría pensarse que la madre que no ostente la representación del hijo reconocido sigue pudiendo suspender la eficacia del reconocimiento consentido por el representante legal o aprobado por el Juez⁶⁸⁶.

No lo creemos así por lo siguiente: el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial de un reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento otorgan firmeza a una eficacia que sólo es, a tenor del segundo párrafo del artículo 124 C.c., provisional, del mismo modo que, si se ejercitase la facultad de suspensión, la aprobación judicial confirma la eficacia suspendida del reconocimiento (art. 124, párrafo 2º *in fine*). De lo cual se deduce que, igual que la aprobación judicial posterior deja sin efecto la suspensión del reconocimiento promovida por la madre, esa aprobación o el consentimiento del representante legal previos al ejercicio de la facultad de suspensión excluyen ésta *ab initio*. Argumento que unimos, por tanto, a los ya manejados anteriormente para negar que la madre esté facultada para suspender la eficacia del reconocimiento consentido por el representante legal del hijo o aprobado por el Juez.

2.2. Objeto de la suspensión.

⁶⁸⁶ Evidentemente, si es la propia madre la que, como representante legal del menor, ha consentido el reconocimiento, no podrá después, por ir en contra de sus propios actos, pretender que se suspenda su inscripción alegando que como madre, no como representante legal del hijo, está legitimada para pedir la suspensión.

Entendemos que lo que se concede a la madre es una facultad de suspender la eficacia de un título de determinación legal de la filiación como es el reconocimiento. A pesar de que el artículo 124 C.c. establece que lo que puede suspenderse es la inscripción de la filiación paterna no matrimonial, la suspensión afecta a algo previo a la inscripción, que es la eficacia del reconocimiento. Como para inscribir el reconocimiento es necesario que éste tenga eficacia, si se suspende dicha eficacia también quedará en suspenso la inscripción, situación registral atípica porque la regla general es que pueda suspenderse la práctica de una inscripción, pero no la ya practicada.

Esta solución se deduce, en primer lugar, de una interpretación sistemática del precepto. El artículo 124 C.c. regula en su conjunto el régimen legal de la eficacia de los reconocimientos de hijos menores o incapaces, por tanto la facultad de suspensión de la madre debe referirse también a esa eficacia.

Por otra parte, la suspensión de la inscripción del reconocimiento, una vez que ha sido válidamente asentada⁶⁸⁷, sólo puede venir dada por la suspensión de la eficacia del título que la provocó, es decir, del reconocimiento. Como acertadamente recalca DE LA CÁMARA, "la inscripción en el Registro civil no es un elemento del que dependa ni la validez ni siquiera la eficacia del reconocimiento", "consiguientemente, si la madre solicita oportunamente la suspensión de la inscripción, lo que en realidad queda en suspenso es la eficacia del reconocimiento paterno, de suerte que la filiación *a patre* sólo resultará extrajudicialmente determinada si, en su caso, el autor del reconocimiento consigue que sea aprobado

⁶⁸⁷ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., págs. 445-446, parece que propugna la no inscripción del reconocimiento hasta que no se verifique la oposición de la madre o la falta de ella. Dice así que "los términos son contradictorios y, a nuestro juicio, deben armonizarse en el sentido expuesto por CÁMARA, so pena de, verificado el reconocimiento, se notifique a la madre y se espere el transcurso del plazo que se le concede para oponerse, para verificar la inscripción si no se opusiere o para suspenderla si formulare oposición".

judicialmente"⁶⁸⁸. El reconocimiento ha sido inscrito⁶⁸⁹ porque es eficaz, y es eficaz no porque se haya inscrito⁶⁹⁰ sino porque opera la primera regla del segundo párrafo del artículo 124, que hace innecesarios los requisitos de eficacia establecidos en el primer párrafo, y la madre puede suspender esa eficacia automática⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 481. Considera DE LA CÁMARA que se suspenden los efectos de la inscripción como consecuencia de la suspensión de los efectos del reconocimiento, y no la inscripción misma, ya que "no se comprende cómo puede <<suspenderse>> una inscripción ya practicada, pues lo que podría ser objeto de la suspensión es la inscripción misma" (ob. cit., pág. 482).

⁶⁸⁹ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931, considera que "la petición de suspensión de la madre supone que ya se ha practicado la inscripción del reconocimiento paterno (...). Pues ciertamente el reconocimiento necesita ser inscrito para ser esgrimido, ya que, como regla, no se admiten, para acreditar la filiación, otros títulos que la inscripción misma".

⁶⁹⁰ La inscripción en el Registro civil del reconocimiento sólo funciona como título de legitimación de la filiación, en ningún caso como título de adquisición, por lo tanto cuando se inscribe ya es plenamente eficaz, ya está constituido el estado de filiación no matrimonial. Aunque pueda discutirse si el reconocimiento, como medio de determinación legal de la filiación no matrimonial, es título de adquisición o mero título de legitimación, la primera afirmación que hemos hecho no ofrece dudas si nos atenemos al *iter* parlamentario de la Ley. En el Senado, el grupo de Unión de Centro Democrático propuso un régimen de determinación legal de la filiación completamente distinto al finalmente aprobado, en el que la inscripción registral era el único medio de determinación legal. Así, el artículo 120, según la enmienda nº 46 (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 653), debería decir: <<La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 2º Respecto de ambos o alguno de los progenitores, por la inscripción practicada en virtud de sentencia firme o por la del reconocimiento o la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil que respectivamente la declaren.

El reconocimiento de la filiación no matrimonial deberá hacerse ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público>>.

Se justifica esta redacción en la enmienda nº 39, atinente al art. 113 C.c., alegando que "resulta necesario dilucidar con precisión el significado y la naturaleza jurídica del concepto: "determinación legal de la filiación", en el que el proyecto apoya gran parte del tratamiento jurídico de ésta". El criterio que inspira el régimen que se propone es que el reconocimiento, la sentencia judicial y la resolución del expediente gubernativo "son títulos con vocación de acceso al Registro Civil, de manera que, en tanto que no sean objeto de inscripción, su eficacia en cuanto determinantes de la filiación es meramente probatoria: son títulos inscribibles y son títulos de prueba del estado de filiación", y en relación al reconocimiento, "no basta con que éste se formule para que se tenga la filiación por legalmente determinada, sino que es necesario que acceda efectivamente al Registro Civil" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., 650).

⁶⁹¹ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 263, también consideran que "el reconocimiento debe notificarse a la madre para ésta pueda suspender su eficacia" Y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 119, sin hacer la matización de DE LA CÁMARA, sostiene que la facultad de la madre "permite suspender la inscripción, y, por tanto, su eficacia como título de determinación" PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 930 a 932, sostiene en cambio que "se trata de una facultad, modificativa de un título de legitimación". Pero cuando habla de la facultad de suspensión actuada antes de inscribirse el reconocimiento, escribe que "puede la madre formular la petición de suspensión de los efectos del reconocimiento todavía no inscrito". Y posteriormente, al hablar de los efectos de la suspensión, declara claramente que "parece, sin embargo, que la suspensión afecta a la eficacia de la inscripción porque afecta a la eficacia del reconocimiento mismo como título de determinación legal de la

2.3. Naturaleza jurídica del poder jurídico concedido a la madre.

Considera la doctrina que estamos ante una facultad personalísima o derecho exclusivo de la madre⁶⁹². En nuestra opinión, el poder concedido a la madre, ya que ha de ser representante legal del menor para ejercitarla, es una facultad que forma parte de una potestad⁶⁹³, que se ejerce en función del hijo, en atención a sus intereses, no de un derecho propio de la madre que pueda transmitirse a sus herederos, y por reunir sólo ella, como representante legal del hijo, las condiciones necesarias que justifican su intervención en la determinación de la filiación paterna del menor. Solución que es conforme con la interpretación restrictiva que ha de darse a la posibilidad de dejar ineficaz el reconocimiento paterno efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, privilegiado por el legislador.

2.4. Capacidad exigida para ejercitar la facultad de suspensión.

La madre, para poder solicitar la suspensión de la inscripción del reconocimiento, ¿necesita tener plena capacidad de obrar o basta con que tenga capacidad natural de entender y querer? Se plantea el problema PEÑA, considerando que no es necesaria la plena capacidad de obrar, sino que basta tener las condiciones mínimas naturales para realizar tal acto de modo libre y consciente⁶⁹⁴.

filiación" Por último, POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 141-142, también sostiene que "no se trata propiamente de una suspensión de la inscripción, porque ésta ya se ha practicado (...), sino una suspensión de los efectos de dicha inscripción"

⁶⁹² PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931; DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 482, y Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 263.

⁶⁹³ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ob. cit., pág. 426, definen las *potestades* como "poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que ésta realice mediante ellos sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otra persona, de suerte que su ejercicio y su defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en atención a los intereses en cuyo servicio se encuentran".

⁶⁹⁴ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931. PEÑA se basa en el artículo 3º R.R.c., lo que no nos parece muy clarificador. Este precepto establece que <<quienes tienen capacidad para realizar un acto de estado civil, la poseen para todas las actuaciones registrales relativas al mismo>>, lo que significa, siguiendo a PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, I, ob. cit., pág. 86, que "la capacidad registral

En nuestra opinión, y ya que sostenemos que la madre debe ser representante legal del hijo para poder suspender la inscripción de filiación paterna, habrá que estar a lo establecido por el artículo 157 C.c, es decir, a la norma que permite al menor no emancipado ejercer la patria potestad sobre sus hijos, y con ello, su representación legal (cfr. art. 162 C.c.). Si la madre no está emancipada, necesitará la asistencia de sus padres, del tutor o del Juez para solicitar la suspensión de la inscripción de paternidad.

La actividad de la madre no es meramente registral, sino que supone, desde el punto de vista sustantivo, privar de eficacia a un reconocimiento paterno, dejar indeterminada legalmente la filiación paterna de un menor que, por Ley, ya había sido determinada en virtud de un reconocimiento; y para tomar esta decisión, que afecta no sólo a la madre sino fundamental y directamente al hijo y al reconocedor, no creemos que pueda considerarse suficiente la mera declaración de la madre que sólo tenga unas mínimas condiciones de madurez. Nos parece más correcto, por el contrario, mantener que si la madre no está emancipada, y ya que que la facultad de suspensión es contenido de la representación legal, necesita la asistencia establecida por el artículo 157 C.c. para actuar dicha facultad.

2.5. Plazo para solicitar la suspensión.

La madre tiene de plazo un año, desde el nacimiento del hijo, para poder ejercitar la facultad de suspensión que estudiamos, plazo que debe considerarse de caducidad⁶⁹⁵ al incidir

se mide por la jurídica material". Habrá que saber, por tanto, cuál es el acto jurídico material que sirve de referencia a la actuación registral que consiste en suspender la inscripción de paternidad, que sirve para medir la capacidad registral. Ese acto es la suspensión de la eficacia de un reconocimiento paterno, y la capacidad necesaria para ello sólo puede deducirse del empleo del término "madre", sin más calificativos, por el artículo 124, párrafo 2º, C.c. También POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 141, señala que "aunque la madre sea menor o incapaz, podrá ejercitarlo si tuviese suficiente juicio" Sigue razonando el autor que "en el caso de que la madre sea menor de edad, no se planteará problema alguno, debido a su edad (muy excepcionalmente inferior a catorce años), unido a la madurez que puede haber adquirido a través del embarazo"

⁶⁹⁵ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 483, y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 119.

sobre el estado civil de la persona.

Destaca la discordancia de los términos del precepto contenido en el segundo párrafo del artículo 124 C.c., la discordancia entre lo que se puede suspender en el plazo de un año, que es la eficacia de un reconocimiento inscrito, y el inicio del cómputo de ese plazo, que es el nacimiento del hijo y no la inscripción del reconocimiento⁶⁹⁶. Dicho de otro modo, para que la madre pueda suspender la inscripción, es necesario que ésta se haya practicado previamente⁶⁹⁷, pero el plazo que se le concede para hacerlo se inicia antes, con independencia de que se haya practicado o no la inscripción del reconocimiento, por lo que es posible, al menos teóricamente, que transcurra ese plazo sin que se haya realizado el acto a combatir en él, es decir, la inscripción del reconocimiento.

Las principales críticas que se han vertido acerca de esta cuestión han tenido por objeto los reconocimientos contenidos en testamento, pues podrían efectuarse mucho después de haber transcurrido el año siguiente al nacimiento; pero con la interpretación reglamentaria (cfr. art. 188 R.R.c.) que se ha dado a su eficacia, y la exclusión de la posibilidad de suspender sus efectos tanto si tienen eficacia en vida del testador⁶⁹⁸ como si la tienen *post mortem*, parece

⁶⁹⁶ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 483, se lamenta que "en relación al cómputo de ese plazo, es donde se advierte hasta qué punto el artículo 124, 2, es una norma desdichada"

⁶⁹⁷ Coincidimos con PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931, en que la madre puede pedir la suspensión de los efectos del reconocimiento todavía no inscrito, pues en definitiva ése es el objeto último, la *ratio*, de la facultad de suspensión, pero igualmente hay que reconocer, como hace DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 483 y 484, que el supuesto plantea problemas de orden práctico, registral, ya que no se sabe muy bien qué puede hacer el Encargado del Registro con la solicitud de suspensión si todavía no se ha practicado la inscripción del reconocimiento cuya eficacia se suspende.

⁶⁹⁸ Si el reconocimiento testamentario se efectúa dentro del plazo para practicar el nacimiento, será eficaz en vida del testador sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, como ocurre cuando el reconocedor ya ha fallecido, pero en este caso sí cabe suspender sus efectos por tratarse de un reconocimiento en documento público sometido al régimen de los reconocimientos otorgados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento.

que ha quedado cerrada la cuestión⁶⁹⁹. Como el reconocimiento en testamento lo estudiaremos después, ahora sólo queremos hacer referencia al reconocimiento en otro documento público, otorgado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, posibilidad que hemos admitido frente a una tesis más restrictiva para la que sólo cabría el reconocimiento ante el Encargado del Registro, que no se inscribiese hasta pasado un año desde el nacimiento del hijo, con lo que la madre no podría suspender sus efectos al haber transcurrido ya el plazo de caducidad concedido para ello.

Algunos autores han tratado de salvar la deficiente técnica legislativa mencionada. Así, se ha dicho que el plazo debe contarse desde el reconocimiento o desde su inscripción⁷⁰⁰, a pesar de que esta interpretación contraría claramente la letra de la Ley⁷⁰¹.

Otro intento de darle sentido a la norma ha sido el de BALLARÍN HERNÁNDEZ⁷⁰², quien desarrolla la posibilidad de que "el artículo 124-II, con sus dos incisos, componga un solo bloque sistemático en el cual se condicione o delimite el ámbito de la exención a la regla

⁶⁹⁹ Salvo un supuesto marginal como es el del reconocimiento testamentario que llega a ser eficaz sin necesidad de requisitos complementarios por fallecimiento del reconocedor dentro del año siguiente al nacimiento del menor, reconocimiento que, según la literalidad del art. 188 R.R.c., no podría suspenderse por la madre. Supuesto al que alude DÍEZ DEL CORRAL, "Observaciones a la reforma del Reglamento del Registro Civil", en *Actualidad Civil*, 1986, núm. 45, pág. 3147.

⁷⁰⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", ob. cit., pág. 327.

⁷⁰¹ El problema se vio ya durante la tramitación parlamentaria del proyecto de reforma del régimen de la filiación, pues el grupo de UCD en el Senado presentó una enmienda (la nº 116) para que el segundo apartado del artículo 124 dijera que <<... La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente a haber tenido lugar>>, con el fin de "superar la imposibilidad de hecho para la suspensión de la inscripción en el caso de que el reconocimiento de la paternidad en tratamiento tuviere lugar después del año de asentado el reconocimiento" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 680). A pesar de lo fundamentado de la enmienda, su redacción no pasó al texto definitivo de la Ley.

⁷⁰² "En torno al artículo 124-II CC: la exención de complementos del reconocimiento *a patre*", ob. cit., pág. 243 y ss. Sigue la tesis de este autor BLASCO GASCÓ, en *Derecho de familia*, ob. cit., págs. 392-393. Parte BALLARÍN HERNÁNDEZ de la base de que "en el artículo 124 Cc se observan dos criterios en la selección de los complementos exigidos para la eficacia del reconocimiento. Los del párrafo I están previstos para habilitar una operación crítica subjetiva. Los del párrafo II consisten en circunstancias objetivas cuya suficiencia, como *condiciones iuris* de eficacia, se relaciona en el texto con la eventualidad de entrar en crisis si la madre ejerce su facultad de oposición. Esa relación textual obliga a inquirir si la facultad materna va referida en el Código a las dos vías de exención o a sólo una de ellas" (ob. cit., pág. 267).

general del 124-I precisamente con la voluntad materna, de modo que cuando esa facultad no pueda ejercitarse, ya por haberse ocultado el reconocimiento hecho dentro de plazo, ya por haberse hecho el reconocimiento testamentario o haber resultado cognoscible, una vez transcurrido aquél, los comportamientos del artículo 124-II no son ya vías de exención y quedan sometidos a la regla general del artículo 124-I"⁷⁰³. En otro lugar de su trabajo⁷⁰⁴, extrae las conclusiones que se derivan, a su entender, de lo anterior, es decir, qué ocurre cuando no se pueda cumplir la función cuya posibilidad objetiva estima el autor que es presupuesto específico de la exención, teniendo presente la redacción del artículo 124, párrafo segundo, C.c.: "la inscripción que bloquea tal facultad materna no ha sido practicada precisamente <<así>>", "de no haberse practicado así la inscripción, el reconocimiento no corresponde a la hipótesis del artículo 124-II -reconocimiento exento- sino al párrafo I del propio precepto -reconocimiento sometido a la *condicio iuris* de eficacia de los complementos que, alternativamente, se exigen allí-", "la inexistencia de esa posibilidad materna informa al Encargado del Registro, en trance de calificar, que el mecanismo eximente ha fracasado porque impide una función que, de estar conformado, habría de facilitar. Por consiguiente, vía artículo 124-I Cc, el Encargado debe aplicar el artículo 188-I RRC, *contrario sensu*, y denegar la inscripción si no se acredita la obtención de los complementos subjetivos que la Ley exige", y, por último, "si, no obstante su improcedencia, la inscripción llegara a practicarse sin haberse

⁷⁰³ BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC...", ob. cit., pág. 267. Hace notar el autor que "el artículo 124-II se refiere, tras describir las vías de exención, a <<La inscripción de paternidad así practicada>>. Y, en rigor, la única práctica que en el artículo 124 se contempla expresamente es la del reconocimiento pero, literalmente, no la de la inscripción; de modo que esa referencia, sin antecedente gramatical en el precepto, precisamente en pasado -<<practicada>>- sólo puede significar que la publicidad registral se contempla como ingrediente de los reconocimientos -no testamentario o testamentario- a que se refiere el artículo 124-II en su primer inciso". No obstante, en la página siguiente admite que "lo cierto es que ese precepto [art. 124-II] no contiene más referencia explícita a la publicidad registral que la expresión relativa a la inscripción <<así practicada>> y el RRC refiere el tiempo pasado, no a la inscripción respecto de la facultad de oposición materna -como el artículo 124-II: <<así practicada>>-, sino al reconocimiento respecto de la inscripción <<También es inscribible... el reconocimiento... otorgado...>>"

⁷⁰⁴ "En torno al artículo 124-II CC...", ob. cit., pág. 269.

acreditado la obtención de alguno de aquellos complementos, sin perjuicio de la posibilidad de combatir el asiento por vía judicial, podrá instarse su cancelación mediante el expediente gubernativo a que se refiere el artículo 95-II LRC".

Hemos incidido en la tesis de este autor porque acertadamente pone de manifiesto la relación existente entre posibilidad de suspender la eficacia del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento y régimen de eficacia al que queda sometido dicho reconocimiento, la relevancia del juego de la facultad materna que concede la Ley como requisito necesario para que quede sometido el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento al régimen privilegiado de eficacia regulado por el segundo párrafo del artículo 124 C.c. Y porque igualmente llegaremos a la solución que el autor defiende: el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento no tiene eficacia automática, quedando sometido al régimen del primer párrafo del artículo 124 C.c., si no se ha inscrito en el año siguiente al nacimiento y, por tanto, la madre no ha podido hacer uso de su facultad de suspensión en el plazo establecido para ello; es decir, que necesita para ser eficaz el consentimiento del representante legal del menor o la aprobación judicial.

A nuestro entender, es ciertamente criticable que el legislador no haya coordinado el inicio del plazo para ejercitar la facultad de suspensión con el objeto de esa facultad (no se combate la inscripción del nacimiento sino la inscripción de un reconocimiento), pero, en realidad, cabe imaginar que los casos en que el reconocimiento efectuado dentro de plazo se inscriba pasado un año desde el nacimiento serán residuales, pues tanto el reconocedor como, sobre todo, los funcionarios que autorizan el reconocimiento, están obligados a comunicar el

acto a los efectos de su inscripción⁷⁰⁵. Si el Notario o funcionario público que formaliza el documento público en el que debe constar el reconocimiento para que éste determine la filiación cumple con su obligación de notificarlo al Ministerio Fiscal para que proceda a su inscripción (cfr. art. 95 R.R.c.), aunque el reconocedor quiera retrasar su inscripción, ésta se llevará a cabo, por lo que la madre podrá pedir, todavía dentro de plazo y sin problemas de orden registral, la suspensión de los efectos del reconocimiento que no se ha otorgado directamente ante el Encargado del Registro civil. Será en supuestos patológicos, por incumplimiento de este deber de colaboración con el Registro, en los que puede darse el transcurso del plazo de caducidad previsto sin que la madre haya tenido ocasión de suspender la eficacia del reconocimiento paterno, por desconocerlo o por ser inviable la inscripción registral de la suspensión.

La solución de estas situaciones marginales hemos tratado de deducirla del régimen especial de eficacia que regula el párrafo segundo del artículo 124 C.c. para los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento, tal y como lo entendemos en nuestro estudio. Estos reconocimientos son eficaces *ab initio* sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, pero esta eficacia es sólo provisional, exigiéndose un requisito más para que llegue a ser definitiva: que la madre no suspenda esa eficacia provisional en el plazo de un año desde el nacimiento. Hemos mantenido que el no ejercicio de la facultad de suspensión es una especie de consentimiento tácito del reconocimiento, y para que ese consentimiento tenga relevancia, sea válido, la madre necesariamente debe actuar (en nuestro caso, no actuar) con conocimiento de causa y libertad.

⁷⁰⁵ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 931, incide en este aspecto para justificar que, como regla general, "la petición de suspensión supone que ya se ha practicado la inscripción del reconocimiento paterno": "una vez otorgado el reconocimiento, la Ley impone tanto al autor, como a los funcionarios autorizantes el cumplimiento de diversos deberes a fin de que, en efecto, se inscriba el reconocimiento (cfr. arts. 24 L.R.c. y 95 R.R.c.)".

En consecuencia, si la madre no pide la suspensión de los efectos del reconocimiento dentro del año siguiente al nacimiento del hijo porque desconoce que se ha efectuado un reconocimiento paterno, lo que puede ocurrir cuando éste no se inscribe dentro de ese plazo y, por tanto, no se le puede notificar cumpliendo lo preceptuado por el artículo 188 R.R.c., no podrá entenderse que este reconocimiento ha alcanzado eficacia, pues falta un elemento esencial, el conocimiento, del consentimiento que entendemos implícito en el no ejercicio de la facultad de suspensión⁷⁰⁶.

Si el reconocimiento exento de los requisitos generales de eficacia exigidos por el primer párrafo del artículo 124 C.c. se inscribe dentro del año siguiente al nacimiento, determinará de forma provisional la filiación, tendrá una eficacia automática, porque la existencia del consentimiento materno que complementa esa eficacia se comprueba con posterioridad a la inscripción de dicho reconocimiento, y para practicar la inscripción de la filiación paterna ésta ha debido quedar determinada legalmente. Expresamente la Ley establece un régimen extraordinario de eficacia para el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento que exige un consentimiento que sólo se puede dar *a posteriori* de la determinación de la filiación, dejando pasar el año siguiente al nacimiento sin suspender esa eficacia ya conseguida por el reconocimiento.

Pero si el reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento no se inscribe en el año siguiente a este hecho, ni siquiera alcanzará esa eficacia

⁷⁰⁶ Igualmente, si la madre, a pesar de conocer la existencia del reconocimiento paterno, encuentra obstáculos para poder dejar constancia registral de su oposición al mismo, es decir, si no se puede inscribir la suspensión de la eficacia del reconocimiento porque éste no está inscrito, no cabe entender que transcurrido el año desde el nacimiento se cumplen los requisitos exigidos para que el reconocimiento paterno sea eficaz sin el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial. El reconocimiento se ha efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, pero no se le ha dado a la madre ocasión para dejarlo sin efecto, con lo que el consentimiento que entendemos implícito en el transcurso del año sin constancia de oposición materna no se daría por no ser un consentimiento libremente prestado: la madre no ha tenido libertad (o posibilidad) para suspender o no los efectos del reconocimiento, para consentir o no el reconocimiento.

provisional, no determinará la filiación automáticamente, porque en ese momento es ya evidente que le falta el requisito exigido por el artículo 124, párrafo segundo, C.c.: es constatable en ese mismo momento que no tendrá el consentimiento materno implícito en el paso del tiempo fijado sin suspender la inscripción del reconocimiento, pues ese tiempo ha transcurrido ya sin posibilidad de actuación por parte de la madre.

No nos parece contradictorio entender, por una parte, que el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento determina la filiación de forma automática si se inscribe dentro del año siguiente al nacimiento, y por otra que el mismo reconocimiento no produce este efecto cuando se inscribe con posterioridad. Este diferente tratamiento se debe al distinto juego del consentimiento que, entendemos, exige el artículo 124, párrafo segundo, C.c. para la eficacia del reconocimiento estudiado en uno y otro caso. Si ese consentimiento, entendido como asentimiento implícito en el transcurso del año sin suspender la inscripción del reconocimiento, tiene posibilidad de otorgarse, habrá que estar a lo establecido por el artículo 124, párrafo segundo: el reconocimiento determina la filiación, por eso puede inscribirse, pero puede suspenderse su eficacia. Si ese consentimiento materno, tal y como se regula en el precepto, es ya imposible, el reconocimiento no determinará la filiación por faltarle un requisito esencial de eficacia.

Por tanto, cuando falta el consentimiento de la madre porque ésta efectivamente ha pedido la suspensión de la eficacia del reconocimiento, éste no podrá alcanzar eficacia definitiva por esa vía, digamos, tácita, necesitándose la aprobación judicial. Cuando falta ese consentimiento porque la madre no ha podido hacer uso de la facultad de suspensión, el reconocimiento directamente no tiene eficacia, ni provisional ni definitiva.

Con estas observaciones llegamos al final de nuestro razonamiento. Cuando, por haber

pedido la madre la suspensión de la inscripción, falta este consentimiento necesario para la eficacia definitiva del reconocimiento, el propio artículo 124, párrafo segundo, C.c. regula el modo de obtenerla: el reconocedor puede solicitar la aprobación judicial (del reconocimiento) para confirmar la inscripción, y con ello, acabar con la situación de transitoriedad en la que queda un reconocimiento cuya eficacia inicial ha sido suspendida. Por el contrario, cuando este consentimiento falta porque no se le ha dado a la madre oportunidad, en el año siguiente al nacimiento, de suspender la eficacia inicial que, en principio, puede alcanzar el reconocimiento efectuado dentro de plazo, éste no determinará la filiación y la solución que haya de darse al supuesto no puede deducirse del régimen especial regulado por el párrafo segundo del artículo 124 C.c.: no se da ni suspensión ni válido consentimiento del reconocimiento, y si no hay suspensión de la inscripción desaparece la premisa para solicitar su confirmación por el reconocedor. Consecuentemente, si el régimen de eficacia de los reconocimientos de menores que se considera especial no contempla un supuesto determinado, habrá que acudir entonces al régimen general, previsto para cualquier reconocimiento de menor de edad o incapaz: el reconocimiento que no se ha inscrito en el año siguiente al nacimiento del hijo, como no cuenta con el consentimiento de la madre, que debe ser además representante legal, implícito en el no ejercicio de la facultad de suspensión, necesita el consentimiento expreso del representante legal del menor o la aprobación judicial para ser eficaz plenamente y determinar así la filiación, pudiendo inscribirse sólo entonces.

2.6. Ejercicio de la facultad de suspensión.

Para ejercitar esta facultad de suspensión, la madre, a tenor del artículo 124, párrafo segundo, C.c., sólo tiene que pedir la suspensión de la inscripción de paternidad practicada. Para que la madre pueda hacer efectiva dicha facultad, el Encargado del Registro donde se inscriba el reconocimiento está obligado a notificarlo a la madre, como se deduce del artículo

188, párrafo segundo, R.R.c., cuando se refiere a la notificación de los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento al otro progenitor, en este caso, la madre.

¿Es exigible algún requisito formal? PEÑA⁷⁰⁷ entiende que el órgano destinatario de la declaración de la madre es el Encargado del Registro civil donde consta la filiación paterna, es decir, el del lugar del nacimiento del hijo. DE LA CÁMARA⁷⁰⁸ es más explícito en cuanto a la forma de esta petición, y opina que debe consistir en una declaración auténtica ante el Encargado del Registro o contenerse en escritura pública. Dicho autor relaciona esta petición de suspensión con la facultad que se le concede al marido cuando el hijo ha nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, ya que ambas facultades tienen por objeto impedir que la filiación quede determinada aunque concurren los requisitos para ello. Por el contrario, GONZÁLEZ POVEDA entiende que "la oposición no precisa forma especial, siendo suficiente la comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, que provocará la suspensión de la inscripción de paternidad y deberá ser notificada al reconocedor para que pueda solicitar la aprobación judicial"⁷⁰⁹.

En nuestra opinión, el legislador se ha preocupado por señalar que basta la "simple" petición de la madre para suspender la eficacia del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, lo que puede significar tanto que la madre no tiene que justificar su petición, no tiene que alegar ningún motivo para pedir la suspensión, como que no es necesaria ninguna solemnidad. Creemos, por tanto, que no hay razón para entender que la petición de suspensión debe revestir mayores formalidades que las que requiere la comparecencia

⁷⁰⁷ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 932.

⁷⁰⁸ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 488 y 489.

⁷⁰⁹ *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 445.

de la madre ante el Encargado del Registro declarando su intención de suspender la inscripción del reconocimiento paterno. Es más, al emplear el término "petición", parece que se está refiriendo a una declaración de voluntad dirigida directamente al Encargado del Registro, que es quien puede practicar la suspensión de la inscripción del reconocimiento.

Otro punto a debatir es si el Encargado debe suspender automáticamente la inscripción si es pedida por la madre o, por el contrario, puede oponerse a esta petición⁷¹⁰ por algún motivo. El artículo textualmente dice que <<podrá suspenderse a simple petición de la madre>>, y se nos ocurre que este *podrá* cabría interpretarlo como una facultad del Encargado de conceder o no la suspensión (qué duda hay que hubiese sido más rotundo decir "se suspenderá"), o como una facultad de la madre de suspender o no la inscripción: la madre, si lo desea, puede pedir la suspensión de la inscripción. A nuestro entender, la función del Encargado se limitará a controlar si la madre tiene capacidad para solicitar la suspensión y si se ha hecho en debida forma, caso de exigirse, es decir, dentro del ámbito de la potestad calificadora que ostenta en general el Encargado. Por otra parte, el empleo de "simple petición", indica que la madre no tiene que justificar la misma, por lo que el Encargado no podría controlar los motivos que llevan a la madre a pedir la suspensión⁷¹¹.

⁷¹⁰ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 242, hace una afirmación en este sentido que invita a la reflexión: el reconocimiento "necesita de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal si la madre pide, durante el año siguiente al nacimiento del hijo, la suspensión de la inscripción de paternidad realizada y tal suspensión se concede". Parece dar a entender el autor con estas últimas palabras que pueden darse casos en que, pedida la suspensión, no se conceda por el Encargado del Registro, como si éste tuviese un margen de maniobra en su actuación.

⁷¹¹ En el mismo sentido se pronuncia POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 141: "a pesar de que el precepto diga textualmente que <<la inscripción así practicada *podrá* suspenderse a simple petición de la madre...>>, este <<podrá>> no significa que si media solicitud de la madre, el encargado del Registro debe decidir si se suspende o no la inscripción, sino que inmediatamente deberá practicarse la misma. Además, el encargado del Registro carecería de elementos de juicio suficientes para decidir si la oposición de la madre al reconocimiento es o no fundada, ya que la solicitud de ésta no necesita ser motivada. Obsérvese que en el precepto se preocupa de destacar que la madre puede suspender la inscripción de paternidad por su simple petición. Quizá con tal expresión el legislador haya querido dejar bien claro que la madre no tiene que motivar

3. Confirmación de la inscripción suspendida

Se establece en el artículo 124 del Código civil una última regla sobre la eficacia del reconocimiento de hijo menor de edad, efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento⁷¹², que se aplicará cuando la madre suspenda la inscripción (eficacia en realidad) del reconocimiento. A tenor del precepto, el autor del reconocimiento puede solicitar la confirmación de la inscripción suspendida: <<Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>> (art. 124, párrafo 2º *in fine*).

3.1. Objeto de la confirmación.

Lo primero que hay que aclarar es que lo que puede confirmarse si el padre lo solicita es la eficacia del reconocimiento, y con ello la inscripción suspendida, pues ya hemos señalado que el ejercicio por la madre de la facultad que le concede la primera parte del artículo 124, párrafo segundo, C.c. suspende dicha eficacia. Efectivamente se trata de una confirmación, pues cuando el reconocimiento se otorgó, dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento, ya fue eficaz, y esa confirmación es necesaria porque entre tanto ha quedado suspendida la eficacia inicial⁷¹³. La aprobación judicial exigida por el precepto es un requisito

su decisión, y deberá practicarse inmediatamente la suspensión"

⁷¹² Entendemos incluido en el supuesto el reconocimiento en testamento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, en cuyo caso es automáticamente eficaz, sin esperar al fallecimiento del autor y sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial. En este caso hemos mantenido que la madre puede suspender esa eficacia inicial, por lo que procede igualmente la posibilidad de confirmación.

⁷¹³ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 446, señala que "en realidad, se trata de la aprobación del reconocimiento y, a través de ella, dejar sin efecto la suspensión de los efectos de la inscripción". También POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 147, considera que "más que una confirmación de la inscripción, se trata de una aprobación del reconocimiento a fin de que sea eficaz (o recupere sus efectos)". Mantiene una postura crítica DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 193, para quien "desde una óptica rigurosa, la confirmación no debería tener lugar cuando el padre someta la conveniencia de la plena eficacia del reconocimiento inscrito al juez, porque la suspensión no incide sobre la inscripción sino acerca de su completa relevancia; en suma, el mecanismo adecuado sería la cancelación del asiento marginal que suspende sus efectos típicos, porque, cualquiera que sea el criterio del juez sobre su conveniencia para el menor, el reconocimiento surte los efectos

de eficacia del reconocimiento, como lo es la aprobación judicial regulada en el primer párrafo del artículo. Éste es el sentido que ha de darse a la actuación judicial, aunque expresamente no se diga: el Juez no aprueba la inscripción de paternidad, sino el objeto de esa inscripción, que es el reconocimiento, y de esa manera se confirma su eficacia y la inscripción practicada.

La única diferencia, por tanto, esencial entre la aprobación judicial del primer párrafo del artículo 124 C.c. y la del segundo párrafo, es que en el primer caso la aprobación judicial es necesaria para que el reconocimiento alcance eficacia, mientras que en el segundo, la aprobación judicial es necesaria para que el reconocimiento recupere su eficacia inicial.

3.2. Confirmación de la eficacia del reconocimiento o privación de ella.

3.2.1. Insuficiencia de la regulación.

Parece, a la vista de lo establecido por el artículo 124 C.c. *in fine*, que solamente el padre puede solicitar la confirmación de la eficacia del reconocimiento, que sólo él puede pedir la aprobación judicial, y además que es libre para hacerlo o no. De esta manera se regula parcialmente el problema, centrándose en la solicitud de confirmación, pero, ¿qué ocurre si el padre no actúa? Nada establece la Ley, a pesar de que la situación en la que queda el reconocimiento, provisional y necesariamente transitoria al preverse no que el reconocimiento deviene ineficaz sino que su eficacia se suspende si la madre se opone a él, reclama una solución definitiva, contraria o favorable a la eficacia del reconocimiento.

Si efectivamente el padre solicita la confirmación de la inscripción, única alternativa regulada, es necesaria la aprobación judicial (del reconocimiento) que exige el artículo 124 *in fine*. Si es concedida, cesará la suspensión de efectos del reconocimiento, con lo que éste devendrá definitivamente eficaz, y si es denegada, el reconocimiento perderá, también

limitados previos y atípicos exigidos por su propia existencia, para lo cual resulta del todo adecuado su constancia en el Registro civil"

definitivamente, la eficacia privilegiada obtenida por haberse efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, debiendo cancelarse, aunque nada diga el precepto, la inscripción de paternidad⁷¹⁴. El reconocimiento sólo podrá surtir efectos si obtiene el consentimiento del representante legal previsto en el primer párrafo del artículo 124 C.c.⁷¹⁵, el consentimiento del hijo una vez emancipado (art. 123 C.c.) o el consentimiento de los descendientes del hijo ya fallecido (art. 126 C.c.).

La situación provisional en que queda la eficacia del reconocimiento se soluciona, pues, si el padre solicita la confirmación de la inscripción, aunque deficientemente porque otra posible alternativa, además de la confirmación, es la privación de eficacia, la cancelación de la inscripción, que sólo podemos deducir, *sensu contrario*, del régimen de la confirmación. Es una regulación, además, insuficiente porque, en principio, puede mantenerse indefinidamente la suspensión de efectos si el padre no solicita la confirmación de la inscripción suspendida. Esta deficiente técnica legislativa es tanto más criticable si exponemos las dificultades prácticas que acarrea el hecho de que sólo se suspendan los efectos del reconocimiento.

3.2.2. Otorgamiento de otro reconocimiento cuando la eficacia del efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento está suspendida.

¿Qué ocurre si antes de solicitar o concederse la aprobación judicial prevista por el artículo 124 C.c. *in fine* se efectúa otro reconocimiento que sí obtiene el consentimiento del

⁷¹⁴ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Códigos civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 482, razona que "la suspensión de efectos cesa si el reconocimiento (al que la madre se ha opuesto) es aprobado judicialmente o, por el contrario, devendrá definitivamente ineficaz y la inscripción deberá cancelarse si la aprobación se deniega", pero el reconocimiento sigue vinculando a su autor y puede llegar a determinar la filiación si se cumplen los requisitos complementarios.

⁷¹⁵ Es dudoso, por las razones que dimos al estudiar el requisito de la aprobación judicial del art. 124, párrafo 1º, C.c., que pueda volverse a solicitar la aprobación judicial del reconocimiento en base a este precepto. Como señala POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 147, "lo que no parece probable es que el padre, en el caso de que el Juez no haya aprobado la confirmación de la inscripción, pueda acudir nuevamente a la Autoridad Judicial para que apruebe el reconocimiento de acuerdo con el art. 124.I CC, salvo que las circunstancias de hecho hayan variado de tal forma que el reconocimiento aparezca como muy beneficioso para los intereses del hijo"

representante legal del menor⁷¹⁶? ¿Este reconocimiento posterior es eficaz e inscribible? Se ha sostenido que, efectivamente, siempre que no haya recaído todavía la aprobación judicial que confirme la eficacia del primero, este reconocimiento posterior será eficaz y determinará la filiación, por lo que podrá inscribirse en el Registro Civil⁷¹⁷. La solución que se da a estos casos es la misma que se propone para resolver los conflictos de reconocimientos sujetos a los requisitos de eficacia del primer párrafo del artículo 124 C.c., que consiste en dar prioridad al reconocimiento que antes obtenga el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, es decir, que antes determine la filiación⁷¹⁸. Sin embargo, no es ésta, a nuestro entender, la mejor solución por varias razones.

Para empezar, en principio resulta dudoso que, ante el conflicto de reconocimientos que se plantea, uno otorgado dentro del plazo para inscribir el nacimiento y el otro consentido por el representante legal del menor, la previsión legal del artículo 124, párrafo segundo, C.c., que favorece al primero por presumirlo beneficioso para el hijo y más creíble, ceda ante la voluntad del representante legal del hijo que consiente el segundo reconocimiento.

⁷¹⁶ El representante legal será la madre, pues, en nuestra opinión, para poder suspender la eficacia del reconocimiento la madre debe tener la representación legal del menor. Cabe, no obstante, imaginar que el representante legal sea otra persona, y que la madre previamente haya pedido la suspensión, si con posterioridad a ésta deja de ostentar la representación legal de su hijo.

⁷¹⁷ Así lo entiende, aunque no es tajante, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 482: "esta doble suspensión de efectos (sustantivos y formales) es grave porque, en buena lógica, y si antes de que el reconocedor solicite (e incluso antes de que obtenga) la aprobación judicial, se presenta otro reconocimiento que, aun siendo posterior en el tiempo, es aceptado por la madre, parece (...) que debe prevalecer el segundo reconocimiento". Más adelante, incide en la misma solución señalando que "en la medida en que el ejercicio de ese derecho suspende los efectos del reconocimiento (y lógicamente los de su inscripción), parece que podrá inscribirse un reconocimiento otorgado posteriormente, sin que con ello se vulnere el artículo 50 de la Ley del Registro civil. Consiguientemente, podrá inscribirse un segundo reconocimiento consentido por la madre, o por quien ostente la representación legal del reconocido, salvo que antes hubiese sido aprobado judicialmente el primer reconocimiento" (ob. cit., pág. 492).

⁷¹⁸ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 492, señala así, refiriéndose a los reconocimientos de menores o incapaces que necesitan el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, que "la prioridad debe atribuirse a aquel de los dos reconocimientos que primero haya cumplido alguno de esos dos requisitos", por lo que "si estando en tramitación la autorización judicial se otorga en el entretanto otro reconocimiento que el representante legal acepta, como en ese momento la filiación ya queda determinada, no procede que el reconocimiento anterior adquiera prioridad".

En segundo lugar, no cabe identificar el conflicto que se produce entre dos reconocimientos cuando ninguno de ellos ha determinado la filiación con el conflicto entre un reconocimiento que ya ha determinado la filiación, pero cuya eficacia se suspende, y otro reconocimiento sujeto al régimen general de eficacia. Si se otorgan dos reconocimientos sucesivos que necesitan ambos el consentimiento del representante legal del menor o la aprobación judicial para ser eficaces y determinar la filiación, partimos de una misma situación inicial, de una situación paritaria entre los dos reconocimientos: ninguno de ellos ha determinado la filiación por el solo hecho de otorgarse, por lo tanto, el primero que obtenga el consentimiento o la aprobación necesarios determinará la filiación. En cambio, cuando se oponen un reconocimiento que ya ha determinado la filiación, aunque su eficacia se halle suspendida, y otro reconocimiento posterior, tales actos no se encuentran en una situación inicial igual. Aunque, una vez suspendida la eficacia del primero, necesiten ambos de requisitos complementarios para determinar definitivamente la filiación, no puede obviarse el hecho de que los reconocimientos inicialmente no son iguales, de que uno ya ha determinado la filiación con anterioridad al otorgamiento del otro, y es esta diferencia entre ellos lo que hay que tener en cuenta para resolver la incompatibilidad que se produce y dar preferencia a uno u otro.

Para enfocar adecuadamente el problema tenemos que partir de la base de que el primer reconocimiento, el otorgado dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento, ya ha sido eficaz, por tanto, ya ha determinado la filiación. Si la madre, una vez determinada la filiación paterna en virtud de este reconocimiento, ejerce la facultad que le concede el segundo párrafo del artículo 124 C.c., se producirá una suspensión de la eficacia de dicho reconocimiento, no su ineficacia automática. El artículo 124 C.c. no dice que la inscripción

<<podrá cancelarse>>, lo que hubiese conllevado esa ineficacia automática, sino <<podrá suspenderse>>. Consecuentemente, en tanto no se llegue a una situación definitiva, ya sea la eficacia o la ineficacia del primer reconocimiento, que acabe con esa suspensión de efectos, no se puede conceder valor a un reconocimiento posterior que contradice una filiación ya determinada pero provisionalmente en suspenso. Este segundo reconocimiento sólo podrá ser eficaz e inscribible cuando el primero, por el contrario, sea definitivamente ineficaz.

¿Cuándo es definitivamente ineficaz el reconocimiento cuya eficacia se suspende? Es esto precisamente lo que no ha solucionado el legislador, dejando incompleta la norma que regula el régimen excepcional de eficacia a que quedan sometidos los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento. Sólo puede deducirse del segundo párrafo del artículo 124 C.c., *sensu contrario*, que si la aprobación judicial no se concede, una vez solicitada la confirmación por el reconocedor, quedará privado de efectos el reconocimiento; pero no se ha previsto que la falta de solicitud, en un plazo determinado de tiempo, por parte del reconocedor pueda ocasionar también esa ineficacia. Y de ahí se derivan todos los problemas, porque mientras que la tesis apuntada anteriormente sobre un posible conflicto de reconocimientos nos parece perfectamente lógica y acertada si el segundo reconocimiento se otorga cuando ya se está tramitando la aprobación judicial⁷¹⁹, resulta más

⁷¹⁹ Nos apoyamos para llegar a esta conclusión en la doctrina mantenida por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1993 para un supuesto distinto, pero que cabe aplicar analógicamente aquí. Se trataba de un reconocimiento de hijo menor de edad que no contaba ni con el consentimiento del representante legal ni con la aprobación judicial, pero ésta resolución no era firme al poder apelarse ante la Audiencia Provincial. Partiendo de estos hechos, y para el caso concreto, resuelve la Dirección General que "el reconocimiento de paternidad otorgado en 1989 puede todavía devenir eficaz si el interesado entabla el recurso pertinente y consigue la revocación de la decisión del Juez Encargado. Esta circunstancia de la falta de firmeza de la denegación de la aprobación judicial del primer reconocimiento formalizado es la que, obviamente, impide por el momento la inscripción del segundo reconocimiento de la paternidad, otorgado en 1992 por otro varón en escritura pública y con el consentimiento de la madre, que, si no fuera por esa circunstancia, sería plenamente eficaz e inscribible". Y a continuación se contiene una afirmación general que es perfectamente aplicable a nuestro caso: "Por el contrario, mientras conste al Encargado del Registro la posible eficacia del reconocimiento primero en el tiempo, surge un obstáculo derivado de un documento presentado (cfr. art. 27 LRC) que obliga a suspender la inscripción del segundo reconocimiento de la paternidad". Si esto se mantiene para un reconocimiento que todavía no ha determinado la filiación, con mayor razón habrá que

dudoso que pueda respetarse si ese reconocimiento se efectúa cuando todavía el reconocedor no ha solicitado la confirmación de la inscripción.

En teoría, el reconocimiento posterior en el tiempo tampoco podría ser eficaz ni inscribible a causa de la constancia de una filiación contradictoria que puede llegar a ser definitivamente eficaz, pero las dificultades prácticas que plantea impedir en todo caso la inscripción de aquel reconocimiento son muchas. La razón está en que el artículo 124 C.c. no señala un plazo de caducidad durante el cual pueda solicitar el reconocedor la confirmación de la inscripción suspendida, y la situación de provisionalidad, que impide la eficacia de cualquier otro reconocimiento, no puede mantenerse indefinidamente⁷²⁰. Queda así la norma incompleta: sólo contempla uno de los caminos que se le abren al reconocedor cuando la eficacia de su reconocimiento se suspende, la solicitud de confirmación, pero no regula qué hacer cuando el reconocedor no la solicita. Y si bien prever la aprobación judicial en estos casos quizá no hubiese sido necesario, porque siempre cabría la posibilidad de aplicar el régimen general de eficacia contenido en el párrafo primero del artículo 124, no regular la falta de solicitud nos parece una omisión criticable porque el estado civil de filiación no admite esta falta de fijeza, esta provisionalidad o transitoriedad.

3.2.3. Soluciones para evitar que la suspensión de la eficacia del reconocimiento pueda llegar a ser indefinida.

La solución para resolver las consecuencias indeseadas de la provisionalidad que conlleva la suspensión de la eficacia de un reconocimiento hubiese sido establecer un mecanismo por el que esa situación deviniese firme, ya fuese por la definitiva ineficacia o por

admitirlo para un reconocimiento que ya ha determinado la filiación, aunque sus efectos estén suspendidos.

⁷²⁰ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 446, observa que "los efectos de la suspensión son indefinidos. Subsistirán hasta que el padre obtenga la aprobación judicial del reconocimiento. Para solicitar esta aprobación no se establece plazo alguno".

la definitiva eficacia del reconocimiento. Para conseguirlo se podría haber fijado un plazo de caducidad al reconocedor para solicitar la aprobación judicial, pasado el cual sin haber hecho uso de esa facultad el reconocimiento quedaría ineficaz, dejando de ser un obstáculo para la eficacia de otro reconocimiento posterior. O bien se podría haber prescindido de la necesidad de solicitud, por parte del reconocedor, para la confirmación de la inscripción, que es lo que parece deducirse del tenor literal del precepto, y haber previsto, por el contrario, la necesidad de aprobación judicial tanto para la confirmación como para la cancelación de la inscripción del reconocimiento, con independencia de que el reconocedor solicite o no la confirmación.

Esta última posibilidad se barajó durante la tramitación parlamentaria del precepto. El grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático formuló una enmienda (la número 47) al texto del artículo 124 C.c. durante la discusión del proyecto en el Senado. Se proponía que la última parte del artículo quedase redactada así: <<La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre, formulada durante el año siguiente al nacimiento. La confirmación o cancelación de la inscripción requerirá la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal>>. Se justificó la enmienda, primero, porque "resulta más correcto prever explícitamente que el resultado de la intervención judicial puede traducirse tanto en la confirmación de la inscripción, levantándose la suspensión, como en su cancelación, ya que esta última hipótesis en el texto actual sólo se deduce implícitamente al descartar, por absurda, la conclusión de que la inscripción quedase en situación indefinida de suspensión"; y, segundo, porque "parece más idóneo omitir el requisito de la solicitud de confirmación por parte del padre, que hubiese efectuado el reconocimiento. En primer término, porque la suspensión es una situación esencialmente transitoria, que debe resolverse en la confirmación o en la cancelación aunque el padre no solicite la primera"⁷²¹.

⁷²¹ *Código civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 654.

La enmienda, no obstante, no salió adelante⁷²², pero la finalidad que perseguía, resolver la situación transitoria o provisional en que queda la inscripción suspendida del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, ya sea con la confirmación, aunque el reconocedor no la solicite, o con la cancelación de la inscripción, es lo que debe tratar de conseguirse igualmente al interpretar la última parte del artículo 124 C.c. Tanto para solucionar la situación irregular en la que siempre queda el reconocimiento cuya inscripción se suspende, como para solucionar la que puede plantearse si se produce un reconocimiento posterior: en principio, si el padre no solicita la confirmación de la inscripción suspendida, no podría determinar la filiación del menor ni el primer reconocimiento ni el segundo.

Podrían abrirse dos vías interpretativas para llegar a la finalidad señalada en el párrafo anterior: entender que el padre puede solicitar la confirmación de la inscripción en un plazo perentorio de tiempo, pasado el cual la inscripción se cancelaría; o entender que la solicitud de aprobación judicial, ya sea por el reconocedor o por otra persona, debe seguir necesariamente a la suspensión de la inscripción del reconocimiento.

Comencemos por la primera posible interpretación. El artículo 124 C.c., expresamente, no señala ningún plazo de caducidad para que el padre solicite la confirmación de la inscripción de paternidad, sólo menciona el plazo de un año posterior al nacimiento en el que la madre puede suspender dicha inscripción. ¿Sería razonable entender que este plazo de un año, a contar desde el nacimiento, se refiere tanto a la suspensión como a la confirmación de

⁷²² Aunque el artículo 124 C.c. hubiese quedado redactado como se proponía en esta enmienda, tampoco habrían desaparecido los problemas, pues, a pesar de no exigirse solicitud de confirmación por parte del padre, no se preveía si el Encargado debía solicitar de oficio la aprobación judicial, si debía hacerlo el Ministerio Fiscal o bien si podía actuar de oficio el Juez. DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 185, nota 159, en contra, afirma que "UCD planteó una enmienda en el Senado solicitando la intervención de oficio por el Juez para decidir la confirmación o no del asiento".

la eficacia del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento? ¿Podría mantenerse que lo que se pretende al establecer ese plazo de tiempo es que a su finalización la filiación paterna del hijo menor sometida al régimen especial de determinación legal del segundo párrafo del artículo 124 C.c. esté perfectamente definida, ya sea porque definitivamente ha quedado determinada o, por el contrario, porque no ha quedado determinada de acuerdo con ese régimen?

Repárese, en primer lugar, en que el plazo del año se cuenta desde el nacimiento del hijo, un hecho fijo e igual para todos los supuestos, independiente del momento en el que se lleve a cabo la inscripción del reconocimiento paterno, que es lo que, según el texto legal, puede suspenderse en ese plazo. Aunque lo que se suspende es la inscripción, lo relevante es el nacimiento, como si ese plazo que se menciona se desvinculase de su objeto, con lo que podría referirse, en general, a todo el régimen de eficacia del reconocimiento que se establece en el artículo 124, párrafo segundo, C.c. Esto nos lleva a pensar que quizá lo que le interesaba al legislador, al regular un régimen de eficacia del reconocimiento que conlleva una situación provisional que afecta al estado civil de filiación, era delimitar un período de tiempo general inmediato al nacimiento en el que podía extenderse esa provisionalidad, pasado el cual debería desaparecer.

Esa situación de provisionalidad, que se produce en todo caso al admitirse la posibilidad de suspender los efectos iniciales del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, se manifiesta de dos formas. En primer lugar, la eficacia automática que obtiene este reconocimiento sin el consentimiento del representante legal del menor ni la aprobación judicial es provisional hasta que no transcurra un año desde el nacimiento sin suspenderla. En segundo lugar, cuando efectivamente se suspende esa eficacia, nos encontramos ante una ineficacia provisional del reconocimiento, para acabar con la cual

la Ley prevé, aunque deficientemente, el recurso a la aprobación judicial: si se concede, el reconocimiento adquiere eficacia definitiva; si no se concede, el reconocimiento deviene definitivamente⁷²³ ineficaz. El término de esta segunda manifestación de provisionalidad en la que queda el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento es lo que no se resuelve completamente de manera expresa por la Ley, pero podría interpretarse extensivamente que, igual que el reconocimiento adquiere eficacia definitiva si transcurrido un año desde el nacimiento no se ha pedido su suspensión, el transcurso del año sin haber solicitado la confirmación de la inscripción suspendida provoca la ineficacia definitiva del mismo, al menos como reconocimiento sujeto al régimen del artículo 124, párrafo segundo, C.c.

Así pues, podría pensarse que cuando el artículo 124 C.c. dice <<si el padre solicitara la confirmación de la inscripción>>, inmediatamente después de haber señalado un plazo de tiempo determinado que, a pesar de referirse a la facultad de suspensión, parece tener un sentido más general, está presuponiendo que esa solicitud debe realizarse en ese concreto plazo, que es lo máximo que, entendemos, puede durar la transitoriedad en la que queda la eficacia o ineficacia del reconocimiento-supuesto de hecho del régimen especial previsto en el artículo. De modo que si el padre no solicita dentro del año siguiente al nacimiento la confirmación de la inscripción suspendida, su reconocimiento, desaparecida la provisionalidad en la que se encontraba, necesita, de acuerdo con el artículo 124, párrafo primero, C.c., el consentimiento expreso del representante legal del menor o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fical y del progenitor legalmente conocido.

⁷²³ No queremos decir con esto que el reconocimiento no pueda ser con posterioridad eficaz si concurren los requisitos del primer párrafo del art. 124 C.c. Lo que ocurre es que, al cerrarse el ciclo de fases (eficacia, suspensión, ineficacia) por el que atraviesa el reconocimiento sometido al régimen especial del segundo párrafo del artículo, deja de aplicarse este régimen debiendo acudir a lo establecido por el régimen general. Estaríamos ante un reconocimiento válido pero ineficaz, como cualquier otro de los sujetos a requisitos complementarios de eficacia.

Esta solución nos parece aceptable por varios motivos. En primer lugar, y esto es lo que pretendíamos al iniciar este epígrafe, resuelve de forma satisfactoria el conflicto de reconocimientos que puede plantearse si, suspendida la eficacia del efectuado inmediatamente después del nacimiento, el representante legal consiente otro posterior antes de haber podido solicitar el primer reconocedor la confirmación de la inscripción. Habrá que esperar a que transcurra un año desde el nacimiento para poder decidir si el segundo reconocimiento es eficaz o no: será eficaz si se ha solicitado la confirmación pero no se concede la aprobación judicial, o si no se solicita en ese plazo la aprobación judicial del reconocimiento, e ineficaz si el primer reconocimiento es aprobado judicialmente. Con ello se respeta el principio, que podemos entender implícito en el artículo 124, párrafo segundo, C.c., consistente en favorecer determinados reconocimientos por sus especiales circunstancias de otorgamiento, pues durante un cierto tiempo prima el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, aunque su eficacia se haya suspendido, frente a cualquier otro reconocimiento que no esté favorecido por el legislador. Pero justificadamente esta situación privilegiada cede cuando el reconocedor deja pasar el año siguiente al nacimiento sin intentar hacer valer de nuevo su declaración de paternidad, pues esta falta de diligencia excluye el fundamento del trato beneficioso recibido en un principio.

En segundo lugar, se ofrece una interpretación coherente y sistemática del régimen extraordinario de eficacia de los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento. La indefinición en que queda esta eficacia, ya se suspenda o no la misma, abarca, como corresponde, un corto espacio de tiempo, y se resuelve en cualquier caso a favor de la eficacia o ineficacia definitiva del reconocimiento. Aunque no haya otro reconocimiento posterior, es deseable que la propia situación en la queda el que estudiamos adquiera fijeza, incluso exigible, por afectar al estado civil. Y aunque se llegue a la ineficacia del

reconocimiento, siempre se podrá acudir al régimen general previsto en la primera parte del artículo 124 C.c. para cambiar ese estado.

El inconveniente que presenta entender que el padre debe solicitar, en este plazo perentorio de tiempo, la confirmación de la inscripción suspendida para que no quede sometido su reconocimiento al régimen general del artículo 124 C.c., está en que el tiempo real que tiene para hacerlo depende de cuándo suspenda la madre la inscripción. Aquella puede pedir dicha suspensión en cualquier momento del año siguiente al nacimiento, aunque en realidad su plazo real también depende de cuándo se inscriba el reconocimiento, por lo que cabe imaginar que lo haga en los últimos días del año, quedando ineficaz el reconocimiento sin posibilidad de reacción por parte del padre. Si éste fuese el caso, se limitaría el derecho del padre a solicitar la aprobación judicial regulada por el artículo 124, párrafo segundo, C.c., que puede ser más ventajosa para él que la del 124, párrafo primero, ya que, en principio, no exige la audiencia del otro progenitor; y además, por considerar que la eficacia sólo puede alcanzarla como cualquier otro reconocimiento, podría mantenerse que el reconocimiento posterior consentido por el representante legal determinará la filiación, con lo que volveríamos a la misma solución insatisfactoria del conflicto de reconocimientos que ha dado pie a todo el razonamiento anterior.

En estos casos extremos, creemos que puede matizarse la tesis acerca del carácter perentorio del plazo de un año para pedir la confirmación por parte del padre. Que lo sea para que la madre pida la suspensión no admite réplica, porque supone atacar la eficacia de un reconocimiento favorecido por la Ley, pero por este motivo, y más teniendo en cuenta que rotundamente no se menciona un plazo para solicitar la confirmación, se puede ser flexible a la hora de considerar definitivamente ineficaz el reconocimiento para el que no se ha solicitado aprobación judicial dentro del año siguiente al nacimiento. Lo que, pensamos, pretende la Ley

es que la situación de provisionalidad en la que queda el reconocimiento cuya eficacia se suspende no dure indefinidamente, y hemos aventurado el plazo de un año desde el nacimiento para tratar de fijar uno concreto y seguro que, ante la falta de previsión expresa, sirva de referencia, pero mientras se respete el espíritu de la Ley no hay por qué imponer restricciones que perjudiquen al reconocedor diligente. Su reconocimiento seguirá estando favorecido frente a cualquier otro posterior y sometido al artículo 124, párrafo segundo, C.c. si sólo pasa un tiempo razonable, a valorar por los órganos competentes ante los que se pueda plantear el problema, desde la suspensión de la inscripción hasta la solicitud de confirmación, en el caso de que se produzca.

La otra línea interpretativa que mencionábamos pasa por entender que, a pesar de la literalidad del precepto, que condiciona la aprobación judicial a la previa solicitud del padre, cabría alguna actuación de oficio para conseguir un pronunciamiento del Juez sobre la confirmación o cancelación de la inscripción de paternidad suspendida, es decir, sobre la eficacia o ineficacia definitivas del reconocimiento.

El obstáculo con el que se enfrenta esta interpretación es el principio dispositivo que preside la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria⁷²⁴ en el que se dilucida si el Juez concede o no su aprobación al reconocimiento. No se trata de un expediente registral, porque, aunque la decisión del juez incidirá en la esfera registral, pues si es favorable provocará el restablecimiento de la inscripción de paternidad suspendida y si es denegatoria conllevará su cancelación, su objeto directo es la eficacia de un reconocimiento de paternidad,

⁷²⁴ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 158, mantiene que "en la jurisdicción voluntaria rige el principio dispositivo en la iniciación del procedimiento, salvo supuestos excepcionales en que se incoa de oficio (...). Pero, en muchas ocasiones, para la protección de determinados intereses la Ley obliga a ciertas personas o al Ministerio Fiscal a instar el acto de Jurisdicción voluntaria o amplía la legitimación de los <<interesados>> estableciendo, a veces, una verdadera acción popular"

como la aprobación judicial prevista en el primer párrafo del artículo 124 C.c. Por tanto, debemos estar a las reglas generales de la jurisdicción voluntaria, una de las cuales es el principio dispositivo más arriba citado, y a lo establecido expresamente por el artículo 124 C.c. sobre aprobación judicial, que únicamente habla de la solicitud paterna.

Centrándonos en la regla de que debe ser persona interesada la que puede iniciar el procedimiento de jurisdicción voluntaria, nos preguntamos si estaría legitimado como interesado, además del reconocedor⁷²⁵, el Ministerio Fiscal, a pesar de que sólo se prevé su audiencia por el segundo párrafo del artículo 124 C.c. En defensa de la afirmativa cabe alegar, en primer lugar, la defensa del interés público encomendada a este órgano, interés que sería en estos casos acabar con la indefinición en la queda la filiación paterna del menor inicialmente determinada⁷²⁶. Y en segundo lugar, el deber que compete al Ministerio Fiscal de colaborar para que concuerden Registro civil y realidad: la paternidad puede existir o no, estar determinada o no la filiación, pero no suspendida, como proclama en estos casos el Registro. Para que coincidan realidad y Registro, por tanto, éste debe publicar o que la filiación paterna está determinada o que no lo está, y para conseguirlo es necesario recurrir a la aprobación judicial, pues de concederse quedará determinada definitivamente la filiación, y en caso contrario se cancela la inscripción suspendida quedando indeterminada la filiación⁷²⁷.

⁷²⁵ El representante legal del hijo, aunque según GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 448, puede promover el expediente, no tiene necesidad de acudir a la aprobación judicial, ni en los supuestos del primer párrafo del art. 124 C.c. ni en los del segundo, ya que él mismo puede prestar su consentimiento al reconocimiento. Además, como mantenemos que la madre, para suspender la eficacia del reconocimiento, debe ostentar la representación legal de su hijo, resulta extraño imaginar que sea ella misma la que, una vez suspendida la inscripción, tenga intención de pedir su confirmación.

⁷²⁶ Esta función del Ministerio fiscal no es considerada como relevante por el legislador en materia de filiación, que parece pensar más bien en la defensa de los menores, sobre todo si están desvalidos. Por ejemplo, en el art. 188 R.R.c. sólo se exige la notificación al Ministerio fiscal de los reconocimientos inscritos de menores o incapaces si su representante legal no fuera conocido.

⁷²⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 18 de enero de 1995 (RJA 1995, 1462), que decidía sobre el recurso interpuesto por el reconocedor contra el auto que acogía la pretensión del Ministerio Fiscal de iniciar un expediente para suprimir una inscripción marginal de

La posibilidad de que el Ministerio Fiscal tenga legitimación para solicitar la aprobación judicial para la confirmación o la cancelación de la inscripción suspendida, además, no está excluida por el artículo 124, párrafo segundo, C.c., pues lo único que establece literalmente es que se necesita aprobación judicial si el reconocedor solicita la confirmación de la inscripción suspendida, pero de ahí no cabe deducir, al menos de modo indudable, que sólo el reconocedor puede pedirla.

3.3. Plazo para solicitar la confirmación de la inscripción.

En cuanto al plazo para solicitar la confirmación de la inscripción, el Código civil no establece ninguno, lo que es muy criticable al afectar a una situación provisional o claudicante. Reviste mayor gravedad esta omisión si pensamos en la posibilidad, ya mencionada, de que, vigente esa situación provisional, se otorgue otro reconocimiento de paternidad. Al preverse esta aprobación judicial se ha seguido la misma regla de no fijar un plazo para solicitarla que al regular la aprobación judicial ordinaria del primer párrafo del artículo 124, olvidando que en uno y otro caso los supuestos de hecho son distintos: mientras que si se trata de un reconocimiento sujeto al régimen general, su mero otorgamiento no determina la filiación, el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento sí ha determinado la filiación, por lo que no puede recibir el mismo tratamiento en uno y otro caso el reconocimiento posterior en el tiempo de otro varón que ha logrado el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial.

La búsqueda de una solución satisfactoria a esta cuestión es lo que nos ha llevado a mantener que el padre puede solicitar la confirmación de la inscripción de su reconocimiento, privilegiado por el legislador, dentro del año siguiente al nacimiento, o, si la suspensión se

reconocimiento, declaró que no "cabe alegar falta de legitimación del Ministerio Fiscal para promover el expediente, a la vista de que sobre él pesa la defensa de la legalidad y, muy especialmente en el ámbito registral, el deber de procurar la concordancia entre el Registro Civil y la realidad"

produce en fecha muy cercana al término de este plazo, en un tiempo razonable posterior a ese año que evidencie la diligencia del autor del reconocimiento. Si no se observan estos plazos, no hay razón para mantener la aplicación del régimen privilegiado de eficacia contenido en el segundo párrafo del artículo 124 C.c., basado en la diligencia del autor del reconocimiento en reconocer y en mantener eficaz ese reconocimiento. Por tanto, aunque puede que sea dudoso que proceda la cancelación de la inscripción, pues nada establece la Ley al respecto⁷²⁸, en todo caso desaparece la suspensión de efectos y el reconocimiento deviene definitivamente ineficaz, necesitándose para que determine la filiación el consentimiento expreso del representante legal o la aprobación judicial exigidos por el primer párrafo del artículo 124 C.c., aprobación que, de concederse, ya no confirmará la eficacia y la inscripción suspendidas sino que directamente dotará de eficacia al reconocimiento paterno.

3.4. Régimen de la aprobación judicial y criterios a tener en cuenta por el Juez.

Al regular en el segundo párrafo del artículo 124 la aprobación judicial, que se tramitará en expediente de jurisdicción voluntaria como la del primer párrafo⁷²⁹, el legislador, si bien prevé la audiencia del Ministerio Fiscal, omite cualquier mención del otro progenitor, en este caso la madre, siendo aquí más exigible⁷³⁰ su audiencia al haber sido ella la promotora de la suspensión de los efectos del reconocimiento que provoca la necesidad de la aprobación judicial. En este tema de las personas que deben (o pueden) ser oídas, nos remitimos a lo ya dicho al comentar la aprobación judicial prevista por el artículo 124, párrafo primero, C.c.,

⁷²⁸ Podría mantenerse que el Encargado del Registro podrá cancelar la inscripción de paternidad si la madre, representante legal del hijo, lo solicita ante la falta de reacción del padre.

⁷²⁹ Así se sostuvo por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 24 de marzo de 1983 (RJA 1983, 1660) y 4 de septiembre de 1990 (RJA 1990, 7339).

⁷³⁰ A juicio de POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 148, "se desconoce por qué el legislador impone la audiencia del otro progenitor en el art. 124.I CC y la omite en el art. 124.II CC, cuando en ambos casos (sobre todo en el segundo) parece imprescindible". Por ello el autor considera necesaria la audiencia de la madre, "a efectos de poder conocer los motivos de su oposición al reconocimiento".

añadiendo que la audiencia de la madre también es exigible, por las mismas razones que se exige la del otro progenitor en dicho precepto.

Añadimos que el Juez, al valorar la conveniencia del reconocimiento para el menor, debe tener presente el trato de favor que le dispensa la Ley cuando se realiza en tiempo inmediato al nacimiento, trato de favor dado no sólo porque se estima que hay más probabilidades de que sea veraz, sino porque la rápida admisión de las obligaciones que conlleva la relación paterno-filial indican que también será conveniente el reconocimiento para el menor. Por ello, se hace necesario conocer los motivos que han llevado a la madre a impedir la eficacia de un reconocimiento que, en principio, se estima veraz y conveniente para el hijo.

Aunque sólo se exige la audiencia del Ministerio Fiscal, como si al legislador sólo le interesase recalcar esta intervención, en todo caso son interesados el reconocedor y la madre, representante legal, del menor que ha impedido la eficacia definitiva del reconocimiento, por lo que también deberán ser oídos por el Juez.

Otra cuestión interesante es el estudio de los criterios que debe tener presentes el juez para conceder o no su aprobación en el trámite de la confirmación de la eficacia del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento. ¿Deben ser los mismos que hemos vistos para la aprobación judicial prevista para el régimen general de los reconocimientos de menores o incapaces? Algún autor mantiene que el juez sólo debe ponderar si la oposición de la madre tiene o no fundamento⁷³¹. Pero con esta solución no se resuelve el problema, porque ¿cuándo está fundada la oposición de la madre y cuándo no? La madre, al formular su declaración, aunque debe actuar en interés del hijo, no está obligada a alegar

⁷³¹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 481.

ningún motivo, no tiene que fundamentarla, basta su <<simple petición>>. Además, parece que al legislador poco le importan los motivos que han llevado a la madre a oponerse al reconocimiento, pues, de acuerdo con el tenor literal del precepto, el Juez no está obligado a conceder audiencia a la madre.

Por ello, y considerando que el Juez se encuentra en la misma situación de conocimiento que cuando cualquier reconocimiento efectuado fuera de plazo se presenta a su aprobación, salvo la orientación que puede deducir del trato privilegiado que concede el legislador a los reconocimientos efectuados dentro de plazo, creemos aplicables los mismos criterios vistos al estudiar la aprobación judicial prevista en el párrafo primero del artículo 124 C.c.⁷³²: debe verificar que es posible biológicamente la filiación y atender fundamentalmente al interés del hijo.

3.5. Otros modos de adquirir eficacia definitiva el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.

A pesar de que sólo se menciona la aprobación judicial como requisito necesario para que vuelva a ser plenamente eficaz el reconocimiento, no hay razones para excluir la posibilidad de que el reconocimiento devenga definitivamente eficaz si el representante legal del menor presta su consentimiento. Este requisito para la eficacia del reconocimiento se exige, en general, siempre que se reconozca a un menor, y no tiene sentido limitar la posibilidad de que quede determinada su filiación excluyendo ese consentimiento y obligando al reconocedor, en todo caso, a acudir a la aprobación judicial. Puede ser que el representante legal, en un momento posterior a la suspensión, sea persona distinta de la madre, o que ésta, como

⁷³² También POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 148, repite su tesis sobre los criterios que debe tener en cuenta el Juez: "primero ha de considerar, dentro de los límites de la jurisdicción voluntaria, si tal reconocimiento puede responder o no a la verdad; y una vez convencido de su posible coincidencia con la verdad biológica, deberá considerar si también responde a los intereses del hijo".

representante legal, cambie posteriormente de parecer, y en ambos casos, si se presta el consentimiento, el reconocimiento alcance eficacia definitiva⁷³³.

Por otra parte, como el reconocimiento es perfectamente válido, puede obtener eficacia también si el reconocido, ya mayor de edad, presta su consentimiento (art. 123 C.c.), o si los descendientes del hijo, ya fallecido, prestan igualmente su consentimiento (art. 126 C.c.)⁷³⁴.

III RECONOCIMIENTO EN TESTAMENTO

1. Introducción.

El reconocimiento en testamento lo hemos estudiado en profundidad en el capítulo segundo de este trabajo, pero lo que no hemos abordado son las especialidades que presenta este reconocimiento cuando el hijo reconocido es menor o incapacitado.

El régimen especial de eficacia regulado por el párrafo segundo del artículo 124 C.c. no sólo se extiende a los reconocimientos efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, sino también a los reconocimientos contenidos en testamento. De acuerdo, pues, con este régimen, y ateniéndonos a su literalidad, un reconocimiento testamentario de hijo menor de edad o incapacitado será eficaz sin el consentimiento expreso del representante legal del hijo ni la aprobación judicial, si bien la madre de aquél podrá suspender esta eficacia, la inscripción de paternidad dice el Código, en el plazo de un año desde el nacimiento, en cuyo caso el autor del reconocimiento testamentario necesitará la aprobación judicial para la confirmación de la misma.

De este régimen, y de las peculiaridades que presenta todo reconocimiento en testamento, se pueden extraer diversas cuestiones que son las que abordaremos a continuación.

⁷³³ En el mismo sentido, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 932; RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 119, y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 147.

⁷³⁴ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 932, y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 147.

Las dos fundamentales son si todo reconocimiento testamentario de menor o incapacitado, ya sea eficaz antes o después de la muerte de su autor, está sometido al artículo 124, párrafo segundo, C.c., y si verdaderamente resultan de aplicación la totalidad de las reglas previstas en dicho precepto (eficacia automática provisional, posible suspensión y subsiguiente posible confirmación) al reconocimiento testamentario.

2. Régimen de eficacia de los reconocimientos testamentarios de hijos menores o incapacitados.

1. Regulación establecida por el artículo 188 R.R.c.

1.1. Exención de requisitos complementarios sólo tras la defunción del reconocedor.

La primera regla de la normativa especial prevista por el artículo 124 C.c., que exime al reconocimiento testamentario de los requisitos generales de eficacia exigidos en función del sujeto reconocido, no fue creada *ex novo* por la reforma de 1981, sino que proviene de la redacción original del Código civil (antiguo artículo 133, que no exigía la aprobación judicial prevista si el reconocimiento se contenía en testamento), si bien el Proyecto del Gobierno sobre la reforma de la filiación no incluía este supuesto privilegiado, siendo recuperado posteriormente en la tramitación parlamentaria de la Ley.

La desaparición de la excepción en el Proyecto del Gobierno probablemente vino motivada porque, en la práctica, antes y después de la reforma de la filiación, y hasta la modificación del artículo 188 R.R.c. en 1986, se utilizaba normalmente esta forma de reconocer para eludir el requisito de la aprobación judicial (antes de 1981) o el requisito del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial (después de 1981), pues se entendía que el reconocimiento en testamento notarial abierto era eficaz desde que lo otorgaba el testador. Hay que señalar, no obstante, que antes de la reforma del Reglamento del Registro Civil por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que viene a acabar con esta práctica

fraudulenta, las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986 ya interpretaron el privilegio excepcional ligado al testamento del párrafo segundo del artículo 124 C.c. en el sentido de que sólo podía aplicarse una vez fallecido el testador, pues sólo entonces no pueden aprovecharle los beneficios derivados del reconocimiento, mientras que el tratamiento del reconocimiento testamentario en vida de su autor debía ser el mismo que el del efectuado en documento público.

El artículo 188 R.R.c., modificado por el R.D. 1917/1986, de 29 de agosto, que interpreta la regla contenida en el artículo 124, párrafo segundo C.c., exige la defunción del autor del reconocimiento para poder inscribirlo sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial. La solución legal es la misma que había propugnado PEÑA⁷³⁵ antes de la reforma del artículo 188 R.R.c. Se acaba así con una práctica oficial que entendía eficaz, sin necesidad de ningún requisito complementario, el reconocimiento del menor o incapaz desde que lo otorgaba el testador y aun antes de su muerte, es decir, antes de que el testamento adquiriera los efectos típicos de tal testamento, práctica que había sido criticada por el autor.

¿Pero qué ocurre con el reconocimiento contenido en testamento antes de la muerte de su autor? ¿Lo ha solucionado el artículo 188 R.R.c.? La Dirección General de los Registros, como ya señalamos al hablar de la eficacia inmediata o en vida del testador del reconocimiento, interpreta el párrafo segundo del artículo 124 C.c. en el sentido de que el reconocimiento contenido en testamento, mientras no fallezca el reconocedor, está sometido a las mismas reglas de eficacia que cualquier otro reconocimiento. Así, entre otras ya mencionadas, citamos la Resolución de 14 de diciembre de 1989, la cual establece que el reconocimiento testamentario de la paternidad alcanza su eficacia "durante la minoría de edad

⁷³⁵ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 930.

del reconocido, por fallecimiento del testador o por concurrir la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal de aquél, o bien después de la mayoría, si sobreviene el consentimiento expreso o tácito del reconocido". Es decir, está sometido a los requisitos del artículo 124, párrafo primero, C.c. y del artículo 123 C.c., respectivamente. Sigue diciendo la Resolución que "esta interpretación ha sido recogida por el art. 188 del Reglamento del Registro Civil".

Pero esta interpretación no ha sido acogida pacíficamente por la doctrina, por lo que procede desarrollar las variadas que, en torno al artículo 188 R.R.c., se han ofrecido.

1.2. Eficacia *inter vivos* o *post mortem* del reconocimiento testamentario de hijo menor o incapacitado.

El artículo 188 R.R.c. establece que <<El reconocimiento de un menor o incapaz es inscribible, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento>>. Tres podrían ser las posturas a adoptar ante este precepto y su relación con el recogido en el artículo 124, párrafo segundo, C.c.:

1ª El reconocimiento testamentario tiene eficacia inmediata, aplicándose en todo caso el párrafo segundo del artículo 124 C.c..

2ª El reconocimiento testamentario sólo tiene eficacia a la muerte del testador; justificándose el privilegio excepcional del párrafo segundo del artículo 124 C.c. en esta exclusiva eficacia *post mortem*.

3ª El reconocimiento testamentario puede ser eficaz antes y después de la muerte del testador, pero la regla del párrafo segundo del artículo 124 C.c. sólo cabe aplicarla una vez fallecido el reconocedor.

Comencemos desechando la primera posible interpretación, sostenida por SERRANO GARCÍA. Este autor mantiene que "el reconocimiento de filiación hecho en un testamento notarial abierto surte sus efectos desde luego, inmediatamente a su confección" y que "no se trata, como pretenden algunos, de que la disposición testamentaria por la que se reconoce la filiación se convierta en un acto jurídico inter vivos contenido en un documento público, con su secuela de que en vez de regirse por el párrafo 2º del art. 124 Cc, se regiría por el párrafo 1º, sino que se trata, como acabamos de decir, de un verdadero testamento, ya que, por una parte, el autor del reconocimiento al testar se enfrenta, como dice DE LA CAMARA con su propia muerte, con lo cual su credibilidad es mayor; y por otro lado, porque de este testamento se derivan efectos para después de la muerte del testador, como son el convertirse en legitimario (art. 807 Cc) el hijo no matrimonial, con todas las consecuencias que esto conlleva"⁷³⁶. Concluye SERRANO GARCÍA que la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 124 C.c. es excepcional, por lo que "al revestir ese carácter excepcional deberá ser interpretada y aplicada en sus justos términos y, por ende, dentro del citado párrafo 2º del infrascrito precepto en el que está contenida, no aplicando extensivamente otros requisitos -Vgr consentimiento, aprobación judicial- previstos para supuestos normales o generales, como son los contenidos en el párrafo 1º de idéntico artículo"⁷³⁷.

Esta opinión es rechazable, en primer lugar, porque sustenta la práctica fraudulenta, anteriormente citada, de eludir los consentimientos preceptivos exigidos para la eficacia de los reconocimientos de menores o incapaces por el párrafo primero del artículo 124 C.c.,

⁷³⁶ SERRANO GARCÍA, "El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige la aprobación judicial", *ob. cit.*, pág. 755.

⁷³⁷ "El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no necesita la aprobación judicial", *ob. cit.*, pág. 760. A destacar también la opinión que le merece a SERRANO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 756, la frase <<cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del testamento>> del art. 188 R.R.c.: "no concuerda bien ni con el resto del Ordenamiento jurídico, ni en especial con el art. 254 del Reglamento Notarial (que no ha sido modificado), ni, según creemos haber dejado transcrito, con la opinión dominante"

amparándose en el tratamiento privilegiado que dispensa el párrafo segundo del mismo artículo al reconocimiento testamentario.

En segundo lugar, la razón que se maneja para apoyar el tratamiento privilegiado de los reconocimientos testamentarios -"son más fiables, en efecto, los reconocimientos que se formalizan en un testamento (momento grave, pues el testador se enfrenta nada menos que con la hipótesis de su propia muerte)"⁷³⁸- tendría sentido si el reconocimiento tuviese la eficacia típica de las disposiciones testamentarias. En nuestra opinión, no es más fiable el reconocimiento que se efectúa en un testamento abierto notarial, sabiendo el reconocedor que va a tener eficacia inmediata, es decir, antes de su muerte, que el reconocimiento contenido en cualquier otro documento público. El fundamento del trato privilegiado, por el contrario, está, no en la forma utilizada para reconocer, sino en el tiempo en que puede ser eficaz el reconocimiento. Por ello, no compartimos la interesante afirmación de SANCHO REBULLIDA de que "se establecen dos excepciones a la necesidad de consentimiento o aprobación del reconocimiento del menor o incapacitado, pero una en razón de la forma (el otorgado en testamento) y otra en razón del tiempo (plazo para la inscripción de nacimiento); quedan exceptuados, por tanto, los reconocimientos hechos en testamento, cualquiera que sea el tiempo de su otorgamiento, y los hechos en el plazo legal de inscripción de nacimiento, cualquiera que sea su forma"⁷³⁹. En uno y otro supuesto, matizaríamos, se atiende al tiempo, ya sea de eficacia (reconocimiento testamentario, si es *post mortem*) o de otorgamiento (reconocimiento dentro del plazo para la inscripción del nacimiento).

Según la segunda interpretación enunciada, el reconocimiento contenido en testamento

⁷³⁸ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 394.

⁷³⁹ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 658.

sólo puede ser eficaz, como tal reconocimiento testamentario, una vez fallecido el testador fundaméntandose el trato de favor dispensado por el segundo párrafo del artículo 124 C.c. precisamente en esta exclusiva eficacia *post mortem*⁷⁴⁰.

No compartimos esta tesis porque, como hemos tratado de razonar al estudiar el reconocimiento testamentario en general, el reconocimiento contenido en testamento siempre puede tener eficacia inmediata, ya sea como tal reconocimiento testamentario (supuestos en los que el testamento contiene además otras disposiciones) o como reconocimiento en documento público (supuestos en los que el reconocimiento es el único contenido del testamento). El trato de favor dispensado al reconocimiento en testamento se justifica, efectivamente, cuando este reconocimiento es eficaz una vez fallecido el testador, pero no porque este reconocimiento deba ser siempre eficaz tras la muerte del reconocedor, lo que, como hemos intentado demostrar, es insostenible, entre otras razones, porque el reconocimiento no es disposición *mortis causa* a la que debe unirse necesariamente una eficacia *post mortem* y porque los principios constitucionales (fundamentalmente los que se deducen del artículo 39.3 de la Constitución) impiden una interpretación de la Ley en este sentido.

Nos quedamos, pues, con la tercera interpretación enunciada sobre la eficacia del reconocimiento de hijo menor o incapaz, congruentes con nuestra tesis sobre la eficacia del

⁷⁴⁰ Parece que PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 930, considera que el reconocimiento, como reconocimiento testamentario, sólo puede tener eficacia *post mortem*, al igual que MIQUEL, J.M., "De los testamentos", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, ed. Tecnos, 1984, pág. 1.273. CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 174, parte de la exclusiva eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario, y en esta eficacia fundamenta la excepción del art. 124, párrafo segundo, C.c.: "este trato de favor que la ley establece para el caso en que el reconocimiento se otorgue en testamento parece hallar su razón en que el reconocimiento hecho en testamento, y por tanto para después de la muerte, no conlleva ninguna ventaja para el autor de dicho reconocimiento puesto que es eficaz a su fallecimiento, pudiendo tenerla en cambio para el reconocido, fundamentalmente por razones hereditarias"

reconocimiento testamentario en general. Ya que distinguimos distintos supuestos en función del contenido del testamento, son también distintas las soluciones que ofrecemos para justificar la necesidad del consentimiento del representante legal del menor o incapacitado, o la aprobación judicial, para la eficacia del reconocimiento si ésta es *inter vivos*.

En primer lugar, consideramos que el reconocimiento testamentario, como tal, puede tener eficacia inmediata cuando se contiene en un testamento junto a otras disposiciones. Puede tener eficacia inmediata porque no es disposición testamentaria o *mortis causa*, sino acto *inter vivos* que conserva por ello su eficacia, valga la redundancia, *inter vivos*⁷⁴¹; y además es propiamente reconocimiento en testamento, y no en documento público, porque formalmente es un testamento lo que se ha utilizado para reconocer, forma distinta del documento público a tenor del artículo 120.1º C.c. Por tanto, partimos también en estos supuestos, como SERRANO GARCÍA, de la existencia de un reconocimiento testamentario, que es el regulado en el artículo 124, párrafo segundo, C.c. En principio, estando al tenor literal del precepto, habría que entender que tal reconocimiento puede ser eficaz sin el consentimiento ni la aprobación exigidos por el primer párrafo del artículo 124 C.c., porque estamos ante un reconocimiento en testamento tal y como prevé el párrafo segundo de este artículo. Sin embargo, entendemos que cuando el artículo 124, párrafo segundo, contempla el reconocimiento en testamento, no lo privilegia en función de su forma, pues la forma testamentaria no justifica el régimen previsto en el precepto, sino en función de la posible eficacia *post mortem* de dicho reconocimiento, eficacia que es, a diferencia de cualquier otro

⁷⁴¹ Sobre la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario, BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC...", ob. cit., pág. 259, afirma que "si bien la función institucional del testamento consiste en disponer un programa de eficacia *post mortem*, ello no ha de estimarse incompatible *per se* con la operatividad inmediata del reconocimiento recogido en aquel acto", y lo fundamenta en la opinión de LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 357, de que "tal reconocimiento es, en todo caso, un negocio a acto *inter vivos*, pues no atribuye *mortis causa* el patrimonio o el cuidado de las relaciones personales del causante".

documento público, típica del testamento⁷⁴².

Damos, por tanto, una interpretación al segundo párrafo del artículo 124 C.c. que no coincide con su literalidad: si el reconocimiento testamentario es eficaz en vida del testador, se aplicará el artículo 124, párrafo primero, C.c., porque en él se establece el régimen general de eficacia del reconocimiento de un hijo menor o incapacitado; si, por el contrario, es eficaz a su muerte, se aplicará el artículo 124, párrafo segundo, C.c., al verificarse el requisito que justifica la puesta en vigor del régimen especial previsto en el mismo. Y es que el reconocimiento testamentario merece ser excepcionado, en su caso, de los requisitos generales de eficacia previstos para la protección del menor o incapacitado en la medida en que el hijo no puede prestar el consentimiento al reconocimiento por sí mismo, es decir, del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial, sólo si tiene la eficacia típica del testamento, es decir, del acto en que se contiene.

El segundo supuesto que distinguimos es el reconocimiento contenido en un testamento que no dispone nada más. En estas situaciones, hemos defendido que el reconocimiento tiene eficacia inmediata tanto si el testador carece de *voluntas testandi*, en cuyo caso no hay reconocimiento en testamento, por ser simulada la forma, pero sí reconocimiento en documento público, como si el testador tiene intención de testar, en cuyo caso estamos ante un reconocimiento en testamento, eficaz a la muerte del testador, pero también ante un reconocimiento en documento público, eficaz en vida del mismo. Al considerar que en ambas hipótesis estamos en presencia de un reconocimiento formalizado en documento público, la

⁷⁴² PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 930, también entiende que "el reconocimiento efectuado en testamento no merece una consideración especial por haberse empleado la forma testamentaria, pues ésta no ofrece, en relación con los intereses y conveniencia del menor, mayores garantías que la forma de escritura pública ordinaria". A juicio del autor, "si merece una consideración especial, y, en concreto, ser eficaz sin necesidad de que concurra el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial, es en cuanto está contenido en un testamento que vale como tal por haber muerto el testador, pues entonces el reconocimiento no comporta ninguna ventaja para su autor (puesto que su personalidad ha quedado extinguida) y sí para el reconocido (en relación a la herencia del testador)"

eficacia del mismo queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 124, párrafo segundo, C.c., que sólo afecta a los reconocimientos en testamento y siempre que el reconocimiento llegue a ser eficaz en el momento en que lo sería el testamento que lo contiene.

A pesar del secreto garantizado a todo testamento, la eficacia inmediata, con el consentimiento del representante legal del menor o incapacitado, del reconocimiento formalizado en un testamento puede alcanzarse acudiendo a la regla prevista en el artículo 254 del Reglamento Notarial, que, como sabemos, obliga a los Notarios a expedir testimonio de estos reconocimientos para su anotación marginal en el Registro Civil. Recibido el testimonio notarial por el Encargado, éste no debe inscribir sin más el reconocimiento, pues no será eficaz hasta que no recaiga el consentimiento del representante legal del reconocido o la aprobación judicial.

Obtenemos, pues, de todo lo anterior, que sólo el reconocimiento eficaz a la muerte de su autor podrá quedar sometido al régimen previsto en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., mejor dicho, sólo este reconocimiento podrá ser eficaz sin el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial, pues en realidad no se aplica el régimen especial diseñado en el precepto, ya que resulta imposible en estos casos acudir a la suspensión de esta eficacia y/o a la confirmación de la misma.

1.3. Imposibilidad de pedir la suspensión de la inscripción de paternidad.

El reconocimiento en testamento, si bien puede ser eficaz en vida de su autor, puede que no alcance dicha eficacia por carecer del consentimiento del representante legal del hijo menor o incapacitado o de la aprobación judicial exigidos por el párrafo primero del artículo 124 C.c. En este caso, una vez fallecido el testador, y siempre que el reconocido siga siendo menor o incapacitado, estaremos ante una eficacia *post mortem* del reconocimiento que nos

conduce a lo establecido, sólo para este supuesto de reconocimiento en testamento, y según lo ha interpretado el artículo 188 R.R.c., por el párrafo segundo del artículo 124 C.c.

Según este precepto, el reconocimiento será eficaz aunque falte el consentimiento o la aprobación mencionados, si bien la inscripción de dicho reconocimiento puede suspenderse por la madre en el plazo de un año desde el nacimiento del hijo, necesitándose entonces para la confirmación de la inscripción la aprobación judicial. La aplicación de este régimen de eficacia no está exento de problemas, como hemos visto, cuando su objeto es el reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, pero resulta de todo punto imposible, salvo algún caso residual, cuando su objeto es el reconocimiento en testamento. Y ello se debe a que este régimen está pensado exclusivamente para ese primer supuesto señalado recogido en el artículo 124, párrafo segundo, C.c.⁷⁴³, produciendo la introducción del reconocimiento en testamento disfunciones que no pueden resolverse. Se desprende la anterior conclusión de la tramitación parlamentaria del precepto: el Proyecto del Gobierno sólo exoneraba del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento; ya en su paso por el Congreso, el Informe de la Ponencia, conservando esta única excepción, añadió la facultad de suspensión y la confirmación de la inscripción con la aprobación judicial, siendo el Dictamen de la Comisión la que introdujo el reconocimiento en testamento, respetando el mismo régimen pensado sólo para el reconocimiento efectuado dentro de plazo, texto que pasó a ser el definitivo⁷⁴⁴.

⁷⁴³ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 119, también señala que el precepto fue pensado para el reconocimiento efectuado dentro del plazo de inscripción del nacimiento, solución abonada por el nuevo artículo 188 R.R.c.

⁷⁴⁴ El párrafo segundo del art. 124 C.c. del Proyecto del Gobierno de 1979 decía que <<No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento>> (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, pág. 177). La redacción que le dio el Informe de la Ponencia fue: <<No será necesario el consentimiento o la aprobación

Las disfunciones comienzan con la facultad de suspensión regulada: se concede sólo a la madre, en ningún caso al padre, lo que es claramente discriminatorio si partimos de la base de que el reconocimiento testamentario puede ser tanto paterno como materno, y no hay ninguna razón que avale que la madre pueda suspender la eficacia del reconocimiento paterno pero el padre no pueda hacer lo propio con el reconocimiento materno. Se parte de situaciones idénticas ofreciendo, no obstante, soluciones jurídicas distintas, lo que no ocurre con el reconocimiento efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, pues mientras que la paternidad se determina en estos casos mediante reconocimiento, la maternidad se determina por el juego del artículo 120.4º C.c.⁷⁴⁵.

En segundo lugar, el plazo previsto para ejercitar tal suspensión se inicia el día del nacimiento del hijo, momento que, si bien no se adapta perfectamente al objeto de dicha suspensión cuando el reconocimiento se efectúa dentro del plazo para inscribir el nacimiento, en absoluto guarda relación con el reconocimiento en testamento, que en nada se vincula al nacimiento. Este reconocimiento puede otorgarse en cualquier momento posterior al nacimiento, por tanto en un tiempo indeterminado, mientras que el plazo de un año contado desde el nacimiento es perfectamente determinado y no en función del otorgamiento del

si el reconocimiento se hubiere efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse, a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal>> (*últ. ob. cit.*, pág. 386). Y en el Dictamen de la Comisión el precepto quedó redactado como el vigente párrafo segundo del art. 124 C.c.: <<No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal>> (*últ. ob. cit.*, pág. 429).

⁷⁴⁵ Señala DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 480-481, que "no había por qué distinguir (sobre todo si se trata de un reconocimiento testamentario) entre los reconocimientos procedentes del padre, que están sujetos al derecho de oposición, que confusa e insuficientemente se concede a la madre, mientras que los que procedan de la última no han de superar ningún obstáculo y determinan la filiación sin que el padre, aunque haya reconocido primero, le corresponda el derecho que el artículo 124, 2, otorga a la madre. La norma no parece muy conforme con el principio constitucional que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo, aunque en este caso la discriminación perjudique al varón".

testamento sino de algo totalmente ajeno a este acto como es el nacimiento del hijo.

El desajuste únicamente puede conducir en la práctica a la inaplicación del régimen de eficacia previsto en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., caracterizado no sólo por la eficacia automática del reconocimiento, es decir, por la eficacia directa del reconocimiento sin necesidad de ningún requisito complementario, sino también por las sucesivas fases que se unen a esa eficacia automática: provisionalidad de dicha eficacia durante un año desde el nacimiento, pues puede quedar suspendida por simple petición de la madre, y, si así ocurriese, posible confirmación de la eficacia inicial si recae la aprobación judicial. En la actualidad, considerando que sólo a la muerte del testador puede tener eficacia su reconocimiento sin los requisitos del artículo 124, párrafo primero, C.c., en todos los casos este régimen completo carecerá de aplicación.

Y ello porque cuando fallezca el testador y sea, en teoría, aplicable lo establecido en el artículo 124, párrafo segundo, C.c., ya habrá transcurrido el plazo (de caducidad) de un año en el que la madre puede solicitar la suspensión de la inscripción, de cuyo ejercicio depende, a su vez, la posible confirmación. Sólo cabe imaginar supuestos residuales, por lo improbables, en los que, por haberse otorgado el testamento y haber fallecido su autor dentro del año posterior al nacimiento, la madre tendría todavía la posibilidad de suspender la inscripción del reconocimiento⁷⁴⁶. Pero en estos casos lo que queda privado de sentido es la facultad que se concede al reconocedor de solicitar la confirmación de la eficacia del reconocimiento, pues ya habrá fallecido.

⁷⁴⁶ En relación a la aplicación del art. 124, párrafo 2º, C.c., y atendiendo exclusivamente al momento del otorgamiento del testamento, y no a su posible eficacia una vez fallecido su autor, comentaba DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 483, que "frente al reconocimiento testamentario, la posible oposición de la madre en la práctica será muchas veces letra muerta. Porque la experiencia demuestra que los reconocimientos testamentarios *a patre* se otorgan cuando ya ha transcurrido un año desde el nacimiento del hijo, y no es extraño que se demoren mucho más"

La inadecuación del régimen de eficacia previsto en el párrafo segundo del artículo 124 C.c. al reconocimiento testamentario, es lo que puede haber llevado al intérprete reglamentario del mismo a excluir la aplicación de dicho régimen, salvo lo referente a la eficacia automática del reconocimiento sin necesidad del consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial, en el caso de que se formalice en testamento⁷⁴⁷. En efecto, el artículo 188 R.R.c. refiere la facultad de suspensión de la inscripción de paternidad concedida a la madre por el artículo 124, párrafo segundo, C.c. únicamente a los reconocimientos practicados dentro del plazo para inscribir el nacimiento. Según el precepto registral, los reconocimientos testamentarios inscritos tras la defunción de su autor, por haber alcanzado entonces eficacia, no pueden ser suspendidos por la madre. Así se desprende de su redacción, pues, después de tratar la eficacia del reconocimiento contenido en testamento, vincula la facultad de suspensión sólo al otro reconocimiento regulado por el artículo 124, párrafo segundo, C.c.: <<También es inscribible, sin necesidad de dicho consentimiento o aprobación, el reconocimiento de menores o incapaces otorgado en otro documento público dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento; en este caso la inscripción de paternidad podrá ser suspendida o confirmada de acuerdo con lo establecido en el Código civil>>⁷⁴⁸.

El artículo 188 R.R.c. establece en realidad dos regímenes de eficacia, distinguiendo

⁷⁴⁷ BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC...", ob. cit., pág. 264, dice que "acaso, siendo forzoso partir de la relación incontestable entre reconocimiento testamentario y exención de complementos en determinadas circunstancias, la Dirección no ha estimado posible precisar las que, quizá, podrían determinarse sin salir de los límites del intrincado artículo 124-II", y que el Centro Directivo "ha configurado una modalidad de reconocimiento testamentario que no debe su eficacia a la concurrencia de alguno de los complementos del artículo 124-I, ni de los del 124-II; sino al circunstancial de haberse producido el fallecimiento del reconocedor. Es decir, un reconocimiento que, acaso, cabría calificar de sucesorio"

⁷⁴⁸ DÍEZ DEL CORRAL, "Observaciones a la reforma del Reglamento del Registro civil", ob. cit., pág. 3.147, afirma que "la reforma del Reglamento parte de la idea de que la expresión <<así practicada>> del artículo 124,II del Código se refiere exclusivamente al supuesto inmediatamente anterior previsto por la norma y no al reconocimiento testamentario, el cual en vida del testador se rige por el párrafo primero del artículo y, fallecido el testador y mientras el reconocido sea menor, es inscribible sin más requisitos y sin posible reacción extrajudicial de la madre".

claramente el reconocimiento testamentario del reconocimiento dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento⁷⁴⁹. En el primer caso sólo es inscribible el reconocimiento, sin necesidad de consentimiento o aprobación judicial, si se acredita la defunción del autor de dicho reconocimiento. Separado por un punto y seguido se regula el reconocimiento efectuado dentro del plazo para declarar el nacimiento, y sólo a él se refiere la facultad de suspensión de la madre (<<en este caso>>).

Así, pues, aunque la inscripción de paternidad que puede ser suspendida según el artículo 124 C.c. parece ser, atendiendo a su tenor literal, la de los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento y la de los reconocimientos testamentarios, pues son los dos supuestos de reconocimiento regulados en la primera parte del segundo párrafo para cuya eficacia no se exige el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial, sólo la que se practique por haberse efectuado el reconocimiento dentro del plazo para inscribir el nacimiento podrá ser objeto de suspensión⁷⁵⁰.

La interpretación que ha dado el Reglamento del Registro civil a la regla del artículo

⁷⁴⁹ A juicio de BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC...", *ob. cit.*, pág. 266, "en el precepto reglamentario se escinde en dos diferentes lo que en el artículo 124-II Cc -norma general- pudiera ser (...) una consecuencia jurídica común para dos supuestos de hecho", y por ello no le parece al autor que "el nuevo artículo 188 RRC represente, como debería, una disciplinada especificación reglamentaria de la previsión legal". También afirma que "la doctrina del Centro Directivo (...) y el precepto reglamentario se alejan por exceso y por defecto del artículo 124 Cc. Hay exceso en la configuración de un reconocimiento cuya eficacia se afirma, sin necesidad de complemento alguno, a partir de un supuesto de hecho -integrado por el reconocimiento formulado en testamento y la prueba de haber fallecido el reconocedor- que, a mi entender, no está previsto en el 124-II y, por ello, choca con la regla general formulada en el 124-I. Y hay defecto si quien reconoce en testamento, vivo, no puede acogerse a la exención, controlada por la facultad de oposición materna, que el artículo 124-II dispone para el reconocimiento hecho dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento" (*ob. cit.*, págs. 266 y 267).

⁷⁵⁰ DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", *ob. cit.*, págs. 184 a 187, considera también que sólo al reconocimiento practicado en el plazo para inscribir el nacimiento se reduce la vigencia de la facultad de suspensión, aportando como argumentos a favor el *iter* parlamentario de la norma, la práctica imposibilidad de que pueda aplicarse a los reconocimientos testamentarios regulados por el segundo párrafo del art. 124 C.c., que son los eficaces a la muerte del testador, y la terminología registral empleada, pues el reconocimiento testamentario consta en el Registro a través de una anotación marginal y no de una inscripción.

124 C.c. que comentamos guarda relación con el régimen que se establece sobre la eficacia del reconocimiento en testamento. Si este reconocimiento, por otorgarse en un testamento abierto notarial, puede ser eficaz en vida del testador, necesita el consentimiento del representante legal del hijo o la aprobación judicial para alcanzar esa eficacia, por lo que se aplicará el primer párrafo del artículo 124 C.c., que no prevé la facultad de suspensión de la madre. Y si es eficaz una vez fallecido el testador, sin necesidad de esos requisitos y por lo tanto sometido al segundo párrafo del artículo 124 C.c., ya no tiene sentido concederle a la madre la facultad de suspender su inscripción. En primer lugar, porque lo normal será que, cuando fallezca el reconocedor, habrá pasado el plazo de un año desde el nacimiento que se concede para solicitar esa suspensión⁷⁵¹. Y en segundo lugar, porque, incluso en el caso extremo de que no haya transcurrido dicho plazo, la suspensión de la inscripción forma parte de una regla más extensa que prevé la posible confirmación de esa inscripción suspendida, confirmación, que, según el artículo 124 C.c., debe solicitarla el padre, con lo que se está presuponiendo, como elemento esencial para la aplicación de la regla, que el padre vive; en consecuencia, si el padre ha fallecido, falta un elemento exigido por la Ley para el reconocimiento tanto de la facultad de confirmación concedida al padre⁷⁵² como de la facultad de suspensión concedida a la madre, es decir, para la aplicación de la regla de eficacia que establece el artículo 124, párrafo segundo, C.c.

⁷⁵¹ Como razona DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 185, "el artículo 124.2 del Código civil sólo se aplica una vez fallecido el causante, y en condiciones normales ello no es previsible dentro del año siguiente al nacimiento de su propio hijo"

⁷⁵² DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., pág. 185, argumenta, para excluir la posibilidad de suspender la inscripción de un reconocimiento testamentario, que "si el reconocimiento resulta un acto personalísimo e intransferible, *a fortiori* asimismo lo será instar la confirmación ex artículo 124.2 del Código civil *in fine*, pero muerto el autor decae dicha facultad". Aunque creemos que debe dársele una interpretación distinta a la última parte del artículo 124, sí es verdad que con el texto legal en la mano el padre es el único que tiene la facultad de solicitar la confirmación de la inscripción, de lo cual se deduce que, una vez fallecido el padre, no se podría confirmar la inscripción suspendida, y por ello no estaría justificada la suspensión.

Con esta solución se consigue un tratamiento paritario de los reconocimientos testamentarios paternos y maternos, pues si bien se puede justificar que la madre pueda suspender la inscripción de un reconocimiento paterno efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, lo que resulta absolutamente injustificable y discriminatorio es que dos situaciones objetivamente iguales, sin ningún elemento relevante que pueda fundamentar un tratamiento diferenciado, como son el reconocimiento testamentario paterno y el reconocimiento testamentario materno, sean reguladas de distinta manera, permitiendo a la madre suspender la eficacia del reconocimiento paterno pero no concediendo esta misma facultad al padre en el caso de que sea la madre la que reconozca en testamento.

Recordamos de nuevo aquí que la inscripción de un reconocimiento testamentario otorgado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, eficaz sin el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, puede suspenderse por la madre, a pesar de la redacción del artículo 188 R.R.c., fundamentalmente porque la *ratio* de la norma que contiene la facultad de suspensión de la madre es conceder la posibilidad de oponerse a un reconocimiento, cualquiera que sea su forma, eficaz sin consentimiento del representante legal ni aprobación judicial, lo que se cumple en el caso concreto examinado. Además, el reconocimiento que estudiamos se realiza dentro del plazo para inscribir el nacimiento, y es a la inscripción de estos reconocimientos, individualizados por el tiempo en el que se otorgan, a la que se refiere la facultad de suspensión⁷⁵³. Por otra parte, puede

⁷⁵³ DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", ob. cit., págs. 187-188, razona que "si el reconocimiento se practica en testamento notarial y abierto, y en el plazo previsto para inscribir el nacimiento, ingresa en el registro mediante anotación marginal (cfr. art. 254 RN) y, a su vez, se beneficia de los privilegios del artículo 124.2 del Código civil *in initio*, evitándose las garantías recogidas en el primer inciso *in fine*, siendo de todo punto inatacable; por consiguiente, habida cuenta de la falta de razones sustantivas a su favor, conceder este privilegio a una mera elección formal (cfr. RR. de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986) excedería lo razonable, haciéndose necesario corregir el abuso mediante la intervención de la madre con su facultad de suspender, puesto que, a fin de cuentas, se trata de un

interpretarse que cuando el artículo 188 R.R.c. dice <<en este caso>>, se refiere a todo reconocimiento (no sólo al contenido en documento público que no sea testamento) efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, contraponiéndolo a los reconocimientos testamentarios eficaces a la muerte del reconocedor, que son los que pretende regular la primera parte del artículo.

1.4. Recapitulación.

Resumiendo, en la actualidad, y de acuerdo con el artículo 188 R.R.c. y la doctrina registral, un reconocimiento testamentario (que cumpla con la forma adecuada, es decir, sea ya documento público) de menor o incapaz debe ser consentido por el representante legal del reconocido o aprobado por el juez mientras no fallezca el testador. Tras la muerte de éste, se puede prescindir de estos trámites para inscribir el reconocimiento⁷⁵⁴. Y la madre no gozará entonces de la facultad de suspensión, como se deduce del artículo 188 R.R.c. Con esta interpretación, aparece un régimen excepcional de eficacia para este tipo de reconocimientos de menores o incapacitados que no se corresponde ni con el general del primer párrafo del artículo 124 C.c. ni con el especial del segundo párrafo. Se dota de eficacia definitiva a un reconocimiento que, según el artículo 124, párrafo segundo, C.c., sólo la tiene provisional.

Esta solución tiene su lógica si pensamos que, en la práctica totalidad de los supuestos, efectivamente la facultad de suspensión sería papel mojado, al haber transcurrido el plazo de un año en el que puede ejercitarse. Sin embargo, es una solución que no responde, en nuestra opinión, al espíritu de la Ley, pues la facultad de suspensión concedida a la madre cumple su función dentro del sistema de eficacia ideado para los reconocimientos que pueden determinar

reconocimiento en el plazo para inscribir el nacimiento, con independencia de su acceso formal al registro"

⁷⁵⁴ Si el reconocido es mayor de edad se necesita su consentimiento antes y después del fallecimiento del testador.

la filiación sin contar con el consentimiento del representante legal del menor o la aprobación judicial. Y es por ello que pensamos que podría darse otra interpretación a la eficacia del reconocimiento testamentario de hijo menor o incapacitado, más acorde con lo establecido en el artículo 124 C.c.

2. Interpretación correctora: integración del reconocimiento testamentario en el primer párrafo del artículo 124 C.c.

El artículo 188 R.R.c. ha llevado a cabo una interpretación del artículo 124, párrafo segundo C.c., por lo que se refiere al reconocimiento en testamento de menores o incapacitados, que supone la inaplicación del régimen especial previsto en el mismo, pues, como hemos visto, si bien recoge la eficacia del reconocimiento sin el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial (regla primera del precepto legal), excluye la posibilidad de suspensión y, con ello, la posibilidad de confirmación de esta eficacia (reglas segunda y tercera del artículo 124, párrafo segundo, C.c.). Esta interpretación, si bien es el reflejo de la imposibilidad de aplicar, en la inmensa mayoría de los casos, este régimen al reconocimiento testamentario, pues no podrá suspenderse la eficacia del reconocimiento por haber transcurrido el plazo de un año desde el nacimiento del hijo previsto en el artículo 124 C.c., es dudoso que sea acorde con el precepto legal interpretado.

Pensamos que la eficacia automática concedida a determinados reconocimientos por el legislador en el artículo 124, párrafo segundo, del Código no puede desvincularse de lo establecido en el resto del precepto: recoge este artículo un cúmulo de reglas que integran todas ellas un determinado régimen de eficacia, por lo que no puede acogerse sólo una prescindiendo de las otras. En concreto, no puede admitirse que un reconocimiento sea eficaz sin contar con los requisitos previstos en el párrafo primero del artículo 124 C.c. si, a la vez, no se le da a la madre (a nuestro juicio, como representante legal del hijo) la posibilidad de

suspender dicha eficacia. En base a este razonamiento, llegamos a la conclusión de que si la madre no solicita la suspensión de la eficacia del reconocimiento dentro del plazo de caducidad previsto porque no se le ha dado la posibilidad de hacerlo (por ejemplo, porque la inscripción del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento es posterior a dicho plazo de caducidad), sería inaplicable el régimen regulado en el párrafo segundo del artículo 124 C.c. y recobraría su vigencia el régimen general diseñado en el primer párrafo del artículo.

En presencia de un reconocimiento testamentario sometido en principio al régimen especial previsto por el artículo 124 C.c., es decir, sólo el que sea eficaz una vez fallecido el testador, nos encontraríamos con que casi siempre la suspensión de su eficacia automática sería imposible por haber transcurrido el plazo de un año en el que cabe dicha suspensión. Esta inaplicación de la segunda regla contenida en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., directamente conectada con la eficacia automática del reconocimiento, nos conduciría, de acuerdo con nuestra tesis, a la total inaplicación del régimen extraordinario regulado en dicho párrafo, y, en consecuencia, a la subsunción del supuesto dentro de la norma establecida en el primer párrafo del artículo tantas veces citado. El mantenimiento de nuestros postulados nos lleva, por tanto, a sostener que, si no puede operar la facultad de suspensión concedida a la madre, el reconocimiento testamentario eficaz a la muerte de su autor sólo puede alcanzar esta eficacia si cuenta con el consentimiento del representante legal del menor o incapacitado o con la aprobación judicial.

Esta solución no es la que ha recogido el artículo 188 R.R.c., que admite la eficacia del reconocimiento testamentario, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, una vez fallecido su autor, excluyendo expresamente cualquier posibilidad de suspensión de dicha eficacia. Pero con ella se aparta el intérprete de un principio general que, en nuestra opinión, informa todo el régimen legal de determinación

de la filiación por medio de un reconocimiento: esta determinación sólo se producirá si es aceptada por las dos partes de la relación paterno o materno-filial, y en base a tal principio se exige el consentimiento del hijo en el artículo 123 C.c., el de su representante legal o la aprobación judicial en el artículo 124 C.c. (también se exige, en nuestra opinión, el consentimiento del representante legal del menor, que sólo puede ser la madre, o la aprobación judicial, en defecto de dicho consentimiento, en los supuestos del párrafo segundo), o el consentimiento de sus descendientes en el artículo 126 C.c. El apartamiento de este principio supone la creación de una norma excepcional que debería estar expresamente regulada en la Ley, que no es el caso, sin que esté justificado que merezca tal privilegio el reconocimiento contenido en testamento eficaz a la muerte de su autor.

Si el reconocimiento contenido en testamento no ha sido eficaz en vida del reconocedor por carecer del consentimiento del representante legal del menor o incapacitado o de la aprobación judicial, ¿por qué tiene que ser eficaz una vez fallecido sin necesidad de este consentimiento o esta aprobación? No nos vale que se alegue que el reconocimiento ya no puede beneficiar a su autor, pues tampoco puede beneficiarle cualquier otro reconocimiento contenido en documento público o declarado ante el Encargado del Registro Civil tras su muerte, y sin embargo en estos supuestos se sigue exigiendo el consentimiento o la aprobación señalados. Como tampoco puede beneficiar a su autor, traspasado el umbral de la muerte, el reconocimiento de un hijo mayor de edad o ya fallecido, y sin embargo dicho reconocimiento sigue estando sometido a los requisitos de eficacia previstos por los artículos 123 y 126 C.c., respectivamente. Y tampoco puede alegarse que el reconocimiento, otorgado en contemplación de la muerte de su autor, goza de mayor verosimilitud, primero porque la utilización de la forma testamentaria para reconocer no tiene por qué implicar que el reconocedor, al hacerlo, está pensando en su muerte (pensemos en los reconocimientos otorgados, sin intención de

testar, junto a otras disposiciones *mortis causa*), y segundo porque la intervención del representante legal o del Juez en la eficacia del reconocimiento no depende de la mayor o menor verosimilitud del mismo, sino que se exige para sustituir al hijo que no puede, por sí mismo, consentir el reconocimiento.

La solución recogida en el artículo 188 R.R.c. iguala el régimen jurídico de eficacia del reconocimiento testamentario, con independencia de que sea materno o paterno, lo que es digno de alabanza. Al excluir la posibilidad de ejercitar la facultad de suspensión por la madre, tanto el reconocimiento materno como el paterno pueden ser eficaces, sin necesidad de ningún requisito complementario, ni por acción u omisión, a la muerte del reconocedor. Pero nos encontramos con el único caso en que el reconocimiento puede alcanzar esta eficacia, sin razones que justifiquen la excepción a la regla general. Por ello, creemos que es más consecuente con el espíritu de la Ley considerar que en cualquier caso el reconocimiento testamentario, ya sea eficaz en vida de su autor o una vez fallecido, necesita el consentimiento del representante legal del hijo o la aprobación judicial. La imposibilidad de aplicar el requisito complementario de la posibilidad de suspensión, unida a la discriminación que supondría conceder esta posibilidad únicamente a la madre, nos lleva a esta drástica tesis que conlleva, en definitiva, privar de sentido la mención del reconocimiento en testamento en el artículo 124, párrafo segundo, del Código civil.

CAPÍTULO VII: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN APLICABLE CUANDO LOS PROGENITORES SON HERMANOS O CONSANGUÍNEOS EN LÍNEA RECTA

I CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 124 del Código civil contiene el régimen normal de eficacia al que queda sometido el reconocimiento de un hijo menor de edad o incapacitado. Pero el estudio de este reconocimiento no se agota en dicho precepto, pues inmediatamente después el Código civil contiene otra disposición legal que toma en consideración la minoría de edad o la incapacitación del hijo cuya filiación pretende determinarse legalmente. Según el artículo 125, <<Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial, que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz.

Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido>>⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ A diferencia del Código civil, los Derechos catalán y navarro no han regulado la cuestión. Respecto del navarro, SANCHÓ REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 331, comenta que "si el silencio del Fuero Nuevo sobre la reconocibilidad de la filiación incestuosa es una laguna legal, será aplicable el artículo 125 del Código civil, conforme a la ley 6 del Fuero Nuevo. Mas, si se entiende que el régimen de la filiación, en general, y del reconocimiento, en particular, contenido en nuestra Compilación es institucional (en el sentido de orgánico y con intención de autosuficiencia), habrá que concluir que no hay tal laguna ni es aplicable el artículo 125 del Código civil" Esta última solución es, para el autor, la más correcta, "por la intención de suficiencia y exhaustividad de la reforma del Fuero Nuevo" y porque no cree que "pueda apreciarse laguna legal, relativa al reconocimiento de la filiación incestuosa, en una normativa que afirma que <<la filiación matrimonial y la no matrimonial surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en esta Compilación>> (ley 68, párrafo segundo), y que la <<filiación no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento o por sentencia firme (ley 68, párrafo séptimo)"; sin embargo, intuye que ésta no fue la intención del legislador de 1987 y que en la práctica se aplicará el art. 125 C.c., a pesar

Se trata en este precepto de la determinación de la filiación de sujetos que aparecerían, en caso de determinarse dicha filiación tanto *a matre* como *a patre*, como fruto de relaciones sexuales rechazadas socialmente, de relaciones sexuales entre familiares que son repelidas por el sentir general⁷⁵⁶. Habiendo desaparecido, tras la reforma de la filiación de 1981, todas las categorías de hijos que recogía la anterior regulación, sólo se distinguen, a los solos efectos de establecer un régimen específico de determinación legal de su filiación, los hijos de hermanos o de consanguíneos en línea recta, los antiguamente llamados hijos "incestuosos", terminología que no es dable utilizar en la actualidad para calificar a estos hijos, qué, como todos, sólo son eso: hijos. Esta especial consideración del origen de estos hijos⁷⁵⁷, determinante

de que le consta que "en el Proyecto de 1983 -de donde procede el tratamiento diferencial con el Código- no hubo <<laguna>> legal, sino <<omisión>>". En cuanto a la Ley catalana, sostienen GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit., pág. 59, que "el silencio legal sólo puede tener una interpretación: que no se establece ningún límite a la posibilidad de reconocer", es decir, "el reconocimiento de la filiación incestuosa se somete a las reglas generales previstas en la Llei no exigiendo ningún requisito adicional de eficacia fuera de los generales, o sea, del consentimiento del hijo mayor de edad (Art. 7.1 LL F) o de la aprobación judicial cuando sea menor de edad o esté incapacitado (Art. 7.2 LL F)". Del mismo pareceres, POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones", ob. cit., págs. 1.207-1.208, según el cual "no se regula el reconocimiento de la filiación incestuosa, careciendo de un régimen especial como el previsto en el art. 125 CC, por lo que ha de entenderse que se rige por la normativa general"

⁷⁵⁶ KOTTAK, *Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana*, ed. McGraw-Hill, 1994, pág. 296, nos dice que todas las culturas tienen tabúes contra el incesto, "no obstante, aunque el tabú es un universal cultural, las culturas definen el incesto de formas diferentes". Por su parte, MAIR, *Introducción a la antropología social*, ed. Alianza Universidad, 1994, pág. 88, concreta que "las relaciones dentro de las cuales el ayuntamiento sexual se considera en todas partes incestuoso son las relaciones entre padres e hijos y entre hermanos", y en la misma línea, BEALS y HOIJER, *Introducción a la antropología*, ed. Aguilar, 1971, pág. 513, señalan que "la única regla verdaderamente general es la que prohíbe los matrimonios de padres e hijas, madres e hijos y hermanos y hermanas"

⁷⁵⁷ Bajo la vigencia de la Constitución republicana de 1931, cuyo art. 43 efectuaba declaraciones tales como que <<Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él>>, <<Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad>>, o <<No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna>>, incluso los que defendían la equiparación de derechos de todos los hijos hacían una salvedad respecto de los habidos de unión incestuosa. Así, DÍEZ PASTOR, "La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución", en *Revista de Derecho Privado*, 1933, pág. 199, consideraba que "la vida común permanente de los padres, que es la base esencial del estado de hijo, y ha de ser fomentada por la ley, debe ser, en este caso, evitada, porque se considera esta unión antisocial y contraria a los principios de la ética más rudimentaria. La consecuencia, inevitable, es que la ley no puede dar al hijo incestuoso un estado de familia. La interpretación, que pudiéramos llamar maximalista, del artículo 43 se detiene en este punto"

de un régimen específico de determinación legal de su filiación, no es exclusiva de nuestro Derecho, ya que también nos encontramos con disposiciones especiales en los Derechos francés, italiano y portugués⁷⁵⁸.

Disposiciones, por otra parte, que no coinciden con la nuestra, ni tampoco entre sí. El sistema seguido por el legislador español no prohíbe en ningún caso que la determinación de la filiación de una persona quede establecida respecto de sus dos progenitores. Sólo se establece una limitación a la determinación de la segunda relación de filiación, cuando esta determinación descubre el origen "incestuoso" del hijo menor o incapaz, limitación que consiste en la previa autorización judicial. La solución de nuestro legislador es, por tanto, intermedia: ni concede libertad absoluta para la determinación legal de la filiación de que tratamos, como ocurre en el Derecho suizo⁷⁵⁹, ni prohíbe la determinación legal de esta filiación, como los Derechos francés y italiano. En Francia, la filiación sólo puede quedar determinada respecto de uno de los progenitores⁷⁶⁰, y ya sea el hijo plenamente capaz o no,

⁷⁵⁸ El art. 334-10 del Code establece que <<S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre>>. El Codice civile desdobra el especial régimen que establece para estos supuestos en dos artículos: el art. 251 dispone que <<I figli nati da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta non possono essere riconosciuti dai loro genitori, salvo che questi al tempo del concepimento ignorassero il vincolo esistente tra di loro o che sia stato dichiarato nullo il matrimonio da cui deriva l'affinità. Quando uno solo dei genitori è stato in buona fede, il riconoscimento del figlio può essere fatto solo da lui.- Il riconoscimento è autorizzato dal giudice avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio>>; y el art. 278 que <<Le indagini sulla paternità o sulla maternità non sono ammesse nei casi in cui, a norma dell'art. 251, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato.- Possono essere ammesse dal giudice quando vi è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento>>. El Código civil portugués, por último, impide en el art. 1.866 la averiguación oficiosa de la paternidad si la madre y el presunto padre fuesen parientes o afines en línea recta o parientes en segundo grado de la línea colateral.

⁷⁵⁹ Dice STETTLER, *Traité de Droit Privé Suisse*, ob. cit., pág. 34, que "Contrairement à ce qui fut le cas sous l'ancien régime, le cercle des enfants susceptibles d'être reconnus n'est pas limité par la nature des rapports entretenus par la mère. *L'enfant adultérin ou incestueux peut être reconnu au même titre que l'enfant conçu par des partenaires ayant eu des relations sexuelles non prohibées par la loi*"

⁷⁶⁰ Esto provoca que, si los dos progenitores están dispuestos a reconocer al hijo, deban decidir cuál de ellos lo llevará a efecto. Se mantiene por la doctrina, COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, ob. cit., pág. 146, que el interés del hijo debe presidir esta

lo que, en nuestra opinión, es discriminatorio y traslada la responsabilidad de los padres al hijo⁷⁶¹. Y en Italia, parece, a tenor de lo establecido en el artículo 251 del Codice civile, que la filiación no puede quedar determinada respecto de ninguno de los progenitores cuando se descubre que los progenitores resultan ser parientes en los términos del precepto, salvo las excepciones contenidas en él y en el artículo 278⁷⁶².

¿Cuál puede ser el fundamento de esta distinción entre la determinación de la filiación del hijo de hermanos o consanguíneos en línea recta y la determinación de cualquier otra persona? Se considera por algunos que se trata de proteger el interés del hijo y el interés de la familia⁷⁶³ en que no salga a la luz el incesto⁷⁶⁴. No opinamos así, pues el hecho de que sólo

decisión, aconsejando el reconocimiento materno en la mayoría de los casos, ya que al hijo siempre le quedará la posibilidad de ejercer la "action a fin de subsides" si la paternidad no está o no puede ser establecida. Del mismo parecer es RASSAT, *La filiation et l'adoption*, ob. cit., pág. 46, quien razona que "un intérêt successoral important pourrait faire préférer les liens paternels. A défaut il semble qu'il vaudrait mieux choisir les liens maternels à la fois parce que c'est la mère naturelle qui élève l'enfant dans la majorité des cas et parce que celui-ci pourra obtenir de son père des aliments, même à défaut des liens de filiation établis, par la voie de l'action à fins de subsides, alors que la réciproque n'est pas vraie, cette action ne pouvant être exercée qu'à l'encontre d'un homme..."

⁷⁶¹ A pesar de que se alega por COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, ob. cit., pág. 145, que no se pretende sancionar a los hijos nacidos de estas relaciones incestuosas, sino evitarles la revelación oficial de un origen que su interés pide callar, resulta a la postre que el posible interés del hijo, libremente decidido por él, en tener determinada la filiación respecto de sus dos progenitores, queda conculcado de raíz porque la Ley entiende que el interés del hijo está siempre en ocultar su origen. La solución que ofrece el legislador francés se defendió también, estando vigente la Constitución de 1931, por DÍEZ PASTOR, "La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio...", ob. cit., pág. 206, alegando que en este caso "se defiende mejor el interés del hijo dejando su origen en la sombra", por lo que "el hijo nacido de una unión incestuosa sólo puede ser reconocido por uno de los progenitores, sin mencionar el otro"

⁷⁶² FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., págs. 155 y 157, matiza que la prohibición puede ser fácilmente eludida mediante el reconocimiento de uno solo de los genitores, y que prevalece la opinión de que la inadmisión del segundo reconocimiento no perjudica al primero, aunque, a la luz de la nueva disciplina, considera que también el primer reconocimiento quedaría ineficaz hasta que no recaiga la autorización prescrita.

⁷⁶³ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 324, se extiende diciendo que "se supone que para cualquiera es un baldón saberse y proclamarse hijo incestuoso. Al propio tiempo, y aunque el adulterio constituye un grave atentado contra la familia (al menos contra la familia propiamente dicha, o familia patrimonial) el ataque que la institución sufre es muchísimo más grave en caso de incesto, precisamente porque todo se fragua y se consume desde dentro de la propia familia" RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 475, también entiende que se establece la necesidad de la previa

se establezcan limitaciones para la determinación de esta filiación cuando el hijo es menor o incapaz nos lleva a pensar que el único interés que se trata de proteger es el del propio hijo, en la medida en que éste no tiene la suficiente capacidad para decidir por sí mismo. Si se tratase de proteger el interés de la familia, también se impondrían límites si el reconocido es mayor y capaz, pues la afrenta que puede suponer para la familia la publicación de una filiación de la que se deducen las relaciones incestuosas de dos de sus miembros, es la misma tanto si el hijo es menor o incapacitado, como si es mayor y capaz.

Por último, no podemos dejar de señalar que el estudio de esta norma plantea un problema de sistemática: dónde situar su comentario, pues si, por una parte, el artículo 125 C.c. se refiere, en general, a la determinación legal de la filiación, por otra se sitúa entre los preceptos que regulan el régimen del reconocimiento y se dedica sólo a los hijos menores o incapaces. Esta especificidad, en cuanto a los sujetos, del contenido del artículo 125, y la posibilidad de que se pretenda determinar la filiación del otro progenitor por medio de un reconocimiento, nos lleva a plantearnos su comentario a continuación del reconocimiento de hijos menores o incapaces. De esta forma, cerramos el sistema legal de determinación de la filiación de hijos menores o incapaces a través de un reconocimiento de filiación.

En las líneas que siguen analizaremos, como necesaria introducción para el objeto de nuestro estudio, el régimen establecido por el artículo 125 C.c.⁷⁶⁵, con particular hincapié en

autorización judicial "en interés del hijo y de la familia en que se integraría"

⁷⁶⁴ Muy expresivamente, HARRIS, *Nuestra especie*, Alianza Editorial, 1991, pág. 195, escribe que "a lo largo y ancho del mundo" causa "náusea, asco, horror e indignación descubrir que padre e hija, madre e hijo, o hermano y hermana se han acostado juntos".

⁷⁶⁵ Un problema discutido por la doctrina, que no vamos a tratar, es si el art. 125 se aplicará sólo a la determinación de la filiación no matrimonial o si también habrá de cumplirse cuando se determine la filiación matrimonial.

los problemas que puede plantear su aplicación en el reconocimiento por el que se pretende determinar la filiación del otro progenitor. Avanzamos que las dos cuestiones que nos parecen fundamentales, por lo que atañe al reconocimiento, son: la primera, si el artículo 125 C.c. establece un requisito añadido al régimen general de eficacia del reconocimiento de todo menor o incapaz regulado en el artículo 124 C.c., o, por el contrario, viene a ser, en materia de reconocimiento, un régimen yuxtapuesto al regulado en el artículo 124 C.c.; y la segunda, cómo incide el requisito de la autorización judicial previsto en el artículo 125 en el reconocimiento de filiación efectuado por el segundo progenitor.

II RÉGIMEN ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 125 C.C.

1. Ámbito de aplicación.

El artículo 125 C.c. contiene, en su primer párrafo, un régimen excepcional de determinación legal de la filiación de los hijos, menores o incapaces, de hermanos o consanguíneos en línea recta, que se concreta en la previa autorización judicial para que quede determinada la filiación respecto del segundo progenitor; y en el segundo párrafo un régimen, también extraordinario, de invalidación de esa determinación, mediante declaración auténtica del hijo. Antes de analizar cada uno de ellos, es decir, la previa autorización judicial y la declaración auténtica del hijo, procede aclarar el ámbito de aplicación de la limitación que supone exigir previa autorización judicial para que quede determinada la filiación del hijo de hermanos o consanguíneos en línea recta, cuya concesión puede llevar a la invalidación de dicha determinación.

1. Aspectos subjetivos.

Respecto de los hijos a los que se refiere el artículo 125 C.c., ya que se trata, como en el artículo 124 C.c., de menores e incapaces, procede trasladar aquí lo ya dicho sobre esta

cuestión en el comentario del artículo anterior⁷⁶⁶. Resumidamente, deberán ser menores no emancipados o incapacitados por sentencia judicial, sometidos a tutela, como consecuencia de enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que les impidan gobernarse por sí mismos.

En cuanto a los progenitores, dice el artículo 125 C.c. que deben ser hermanos o consanguíneos en línea recta. Entendemos que el parentesco, en ambos casos, debe derivar de filiación natural, no adoptiva, y ser de sangre, no de afinidad⁷⁶⁷, por las razones siguientes⁷⁶⁸.

El precepto, literalmente, sólo excluye el parentesco por adopción y de afinidad en el supuesto de que uno de los progenitores descienda del otro, pues la expresión <<consanguíneos en línea recta>> no admite otra interpretación, al excluirse la extensiva por suponer el régimen contemplado en el artículo 125 C.c. una limitación a la determinación de la filiación. Esta interpretación no es tan concluyente en el caso de los hermanos, ya que, en principio, al no calificar de ningún modo el vínculo fraternal, se podría entender que están incluidos en el término <<hermanos>> no sólo los que tienen la misma sangre sino también los hermanos por adopción o por afinidad. Sin embargo, se deduce claramente del fundamento de la limitación establecida en el artículo 125 C.c. para la determinación de la filiación: en nuestro entorno cultural se rechazan sin paliativos las relaciones sexuales entre padres e hijos o entre hermanos que están unidos por vínculos de sangre, siendo precisamente la sangre común lo que genera

⁷⁶⁶ Recalca RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 476, que los sujetos pasivos, los hijos, son los mismos que los del art. 124 C.c.

⁷⁶⁷ El parentesco por afinidad de los progenitores sí es causa de limitación o de prohibición de la determinación de la filiación en otros Derechos. Así, el art. 251 del Código civil italiano no sólo se refiere a los progenitores que son parientes en línea recta o colateral de segundo grado, sino también a los que están unidos por vínculo de afinidad en línea recta; y el art. 334-10 del Código civil francés se remite a los arts. 161 y 162, que se refieren igualmente a los ascendientes y descendientes legítimos o naturales y a los afines ("alliés") en la misma línea, y a los hermanos.

⁷⁶⁸ Tanto PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág., 939, como RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 476, participan de la opinión de que el art. 125 C.c. no afecta ni a los hermanos por adopción, ni a los ascendientes adoptivos y descendientes adoptados, ni a los parientes por afinidad.

esa repulsa⁷⁶⁹. Por tanto, si la relación que existe entre los progenitores no está basada en la "unidad de sangre"⁷⁷⁰ no hay animadversión social, desapareciendo el fundamento para la aplicación de lo preceptuado en el artículo 125 C.c.

Esta solución, por otra parte, es la que se impone por analogía con lo establecido para los otros sujetos a los que se aplica el precepto (consanguíneos en línea recta), pues si la unidad de sangre entre los progenitores que son padre o madre e hija o hijo es lo único que determina la aplicación del artículo 125 C.c., también la unidad de sangre debe ser el único criterio a tener en cuenta si los progenitores son hermanos: en ambos casos estamos ante parientes, y el criterio definidor de cuál deba ser el parentesco debe ser común a ambos.

Por último, un argumento más en favor de nuestra tesis de que los hermanos a los que se refiere el artículo 125 C.c. son sólo los consanguíneos, es el artículo 47.2º C.c., que, sin posibilidad de dispensa (cfr. art. 48, párrafo 2º, C.c.), prohíbe el matrimonio entre los colaterales de segundo grado sólo <<por consanguinidad>>, no por adopción o afinidad, es decir, entre los hermanos consanguíneos.

2. Aspectos objetivos.

2.1. Se exige la autorización judicial sólo para la determinación de la segunda filiación.

El artículo 125 C.c. sólo se aplica cuando se trate de determinar de forma completa, es decir, tanto respecto del padre como respecto de la madre, la filiación de una persona menor

⁷⁶⁹ Parece que son factores culturales los que determinan, en cada momento y en cada sociedad, qué ha de considerarse como incesto. Aunque la concepción del incesto que creemos está vigente aquí y ahora es la reseñada en el texto, HARRIS, *Nuestra especie*, ob. cit., pág. 204, llega a decir que el "gran tabú" del incesto "está muy sobreestimado. No es una sola cosa, sino un conjunto de preferencias y evitaciones en materia de sexualidad y emparejamiento sujetas a cambios selectivos en el transcurso de la evolución cultural. En esta era de liberación y experimentación sexuales, es probable que la unión entre hermano y hermana, a condición de que tomen las debidas precauciones anticonceptivas y se procuren un asesoramiento genético, esté a punto de convertirse en una <<estrafalaria>> preferencia sexual más, de escaso interés para la sociedad... Otro cantar son los incestos entre padre e hija y madre e hijo, no sólo debido a su solapamiento con el adulterio, sino también a que las diferencias de edad implican una falta de consentimiento bien informado, cuando no un abuso y una violación flagrante del menor"

⁷⁷⁰ En palabras de DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ob. cit., pág. 255.

de edad o incapacitada. Dicho con otras palabras, no se establece ninguna limitación, si el hijo no tiene determinada la filiación ni *a padre* ni *a madre*, para que quede determinada una de las dos relaciones, que será la que primero se trate de establecer. Esta primera determinación de una de las dos relaciones basadas en la filiación que puede tener el hijo menor o incapaz sigue, por tanto, las reglas generales establecidas. Será cuando se trate de determinar la otra relación, ya sea la materna o la paterna, cuando se descubra que los que aparecerán como progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta, por lo que se limita esta posterior determinación de la filiación ante la incidencia negativa en el menor o incapacitado que puede tener la constatación oficial de ese vínculo parental entre los progenitores.

A este respecto, puede resultar problemático el supuesto de una determinación conjunta de la filiación del hijo menor o incapacitado. Si se pretende determinar en inmediación temporal tanto la filiación materna como la paterna del hijo, ¿sería de aplicación lo establecido por el artículo 125 C.c.? En caso afirmativo, ¿para la determinación de qué filiación sería necesaria la previa autorización judicial? Es éste un supuesto que no está regulado por el Código civil, pues en el artículo 125 se parte de la base de que la filiación ya está determinada respecto de un progenitor, es decir, que la filiación respecto de cada uno de los progenitores se pretende determinar en distintos momentos cronológicos. Sin embargo, es evidente que debe operar también aquí la limitación que establece el precepto para que quede determinada la filiación del menor o incapacitado respecto de los dos progenitores: tanto si primero se determina la filiación respecto de uno y con posterioridad se pretende determinar respecto del otro, como si se pretende determinar a la vez respecto de los dos, estamos ante la constatación oficial del origen "incestuoso" del hijo, que es el fundamento de la necesaria autorización judicial.

Ahora bien, aunque, cuando se pretenda determinar de manera conjunta la filiación, por

ejemplo a través de un reconocimiento bilateral y simultáneo⁷⁷¹, sea necesaria la previa autorización judicial para que efectivamente quede determinada respecto de los dos progenitores, no puede exigirse dicha autorización judicial tanto para la determinación de la maternidad como para la determinación de la paternidad, sino sólo para una de ellas. Lo que se trata de evitar en el artículo 125 C.c. es que conste de forma oficial que los progenitores de un menor o incapacitado son hermanos o consanguíneos en línea recta si esta constancia es perjudicial para el hijo, y de ahí que deba denegarse la autorización judicial si no conviene al menor o incapacitado, pero en todo caso puede quedar determinada, sin necesidad de este requisito especial, la filiación respecto de uno de los progenitores, pues esta única determinación no basta por sí sola para descubrir la relación entre los progenitores. Al coincidir temporalmente la determinación de ambas filiaciones, el problema estriba en dilucidar cuál será la que necesite autorización judicial y cuál la que se establecerá de acuerdo con las reglas generales.

No hay ninguna regla que solucione la cuestión y, centrándonos en un reconocimiento conjunto, no hay razones válidas que permitan dar prioridad al reconocimiento materno o al paterno si ambos coinciden en el tiempo. Se complica más la situación si pensamos que en numerosas ocasiones estos reconocimientos conjuntos van acompañados de posesión de estado por parte de los presuntos progenitores, y que la doctrina de la Dirección General de los Registros ha considerado, no que sea necesaria entonces la aprobación judicial prevista por el artículo 124 C.c., sino que basta para la eficacia de los reconocimientos el consentimiento que ambos reconocedores, como representantes legales del menor por posesión de estado, se

⁷⁷¹ Pueden imaginarse distintos supuestos, centrándonos en la determinación de la filiación no matrimonial, en los que coincidan cronológicamente tanto el título de determinación de la filiación materna como el de la filiación paterna. Como más relevante, además del reconocimiento conjunto, piénsese en la declaración de maternidad que hace el padre reconocedor ante el Encargado del Registro Civil a los efectos de inscribir el nacimiento del hijo, lo que supondría que la filiación materna podría quedar determinada en virtud del art. 120.4º C.c. y la paterna en virtud del segundo párrafo del art. 124 C.c.

prestan recíprocamente.

Como no hay razones que justifiquen que, previamente a cualquier pronunciamiento judicial en base al artículo 125 C.c., la filiación que se pretende determinar conjuntamente quede determinada respecto de uno de los dos progenitores, en la práctica habrá que acudir en estos casos, antes de que quede determinada la filiación respecto de cualquiera de los progenitores, a la autorización judicial, para que el Juez, con la audiencia del Ministerio Fiscal y en función del interés del hijo, decida si procede o no que quede determinada la filiación respecto de los dos progenitores, que es en definitiva lo que se valora siempre. Las consecuencias serán distintas si se concede la autorización o no. En el primer caso, la filiación quedará determinada respecto de los dos progenitores, y en el segundo sólo podrá quedar determinada respecto de uno de ellos. Y aquí volvemos a encontrarnos con el problema que planteábamos al principio, ¿respecto de qué progenitor quedará determinada la filiación?

La Ley no establece nada al respecto y el Juez, en el trámite de la autorización judicial prevista en el artículo 125 C.c., en principio no está legitimado para decidir sobre esta cuestión. Habrá que estar, por tanto, al acuerdo de los presuntos progenitores, si están bien avenidos, que deberían decidir, en interés del hijo y hasta que éste pueda decidir por sí mismo al alcanzar la emancipación o recuperar la capacidad necesaria⁷⁷², qué filiación debe quedar determinada, si la materna o la paterna. En caso de que no haya acuerdo, la solución no puede ser que el hijo menor o incapacitado se quede sin filiación determinada respecto de ninguno de sus progenitores, que contraría tanto su derecho como el espíritu de la Ley reflejado en el artículo 125 C.c., que en todo caso permite que una de las filiaciones, la materna o la paterna,

⁷⁷² La limitación que establece el art. 125 C.c. se aplica sólo al supuesto de que el hijo sea menor o esté incapacitado, por lo que cuando el hijo alcance la emancipación o recupere la capacidad necesaria habrá que estar a las reglas generales sobre determinación de su filiación. Concretamente, si se pretendía determinar la filiación por medio de un reconocimiento, el hijo podrá consentirlo de acuerdo con el art. 123 C.c.

quede determinada.

En este supuesto extremo, y ante la falta de solución legal, no se pueden dar soluciones generales, por lo que vamos a centrarnos en las dos hipótesis que nos parecen más interesantes.

2.2. Reconocimientos simultáneos.

Si se trata de un reconocimiento conjunto⁷⁷³ podría pensarse que determinará la filiación aquél que consiga, o que consiga primero, ser eficaz. Ya que se trata de hijos menores o incapaces, sería, en principio, de aplicación el artículo 124 C.c., concretamente el primer párrafo, ya que resulta difícil imaginarse que dentro del plazo para la inscripción de nacimiento, tiempo en el que es de aplicación el segundo párrafo⁷⁷⁴, nos encontremos con un reconocimiento materno, pues la madre cuenta con el mecanismo previsto en el artículo 120.4º C.c. Con el límite impuesto por la denegación de la autorización judicial, consistente en que la filiación no puede quedar determinada respecto de los dos progenitores, será, en definitiva, el representante legal del menor o incapacitado o el Juez el que decida, en interés del menor, y en su caso, qué reconocimiento alcanzará eficacia y determinará, con ello, la filiación.

Al margen de esta solución, y partiendo de que en nuestra opinión la autorización judicial del artículo 125 C.c., en el caso de un reconocimiento, sustituye los requisitos de eficacia exigidos por el artículo 124, párrafo primero, C.c., creemos que el problema podría quedar ya resuelto en el trámite de la autorización judicial, pues solicitada ésta como premisa previa de la determinación de la filiación del menor o incapacitado respecto de los dos progenitores o sólo de uno de ellos, podría englobar dicha autorización la aprobación necesaria

⁷⁷³ Aunque puede cuestionarse que, si los progenitores están de acuerdo en acudir juntos a reconocer a su hijo, incluso otorgando un mismo documento, no coincidan después en qué filiación de las dos reconocidas quedará determinada, no es inimaginable el desacuerdo.

⁷⁷⁴ Excluimos de nuestro estudio el reconocimiento en testamento, también regulado por el art. 124, párrafo 2º, C.c., porque el testamento es un acto individual y personalísimo (cfr. arts. 669 y 670 C.c.) en el que no cabe, por definición, que otra persona distinta del testador disponga algo.

para la eficacia de uno de los dos reconocimientos, que será, a juicio del Juez, el más conveniente para el hijo.

2.3. Reconocimiento paterno simultáneo a la declaración de maternidad a los efectos del artículo 120.4º C.c.

Si lo que ocurre es que el padre al solicitar la inscripción de nacimiento del hijo dentro de plazo, a la vez que reconoce, da el nombre de la madre que coincide con el del parte o comprobación reglamentarios del parto a los efectos de inscribir la filiación materna dentro de plazo, nos encontraríamos con que, denegada la autorización judicial para que que pueda quedar determinada la filiación respecto de los dos progenitores, y ante la falta de acuerdo de éstos para que quede determinada respecto de uno de ellos, chocarían la eficacia inmediata que le concede el segundo párrafo del artículo 124 C.c. al reconocimiento paterno efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, y la determinación también automática de la filiación materna en base al artículo 120.4º C.c.⁷⁷⁵. Tanto esa eficacia del reconocimiento como esta determinación habrían quedado en suspenso a la espera del pronunciamiento judicial, pues ambas no pueden coexistir si falta la autorización judicial prevista por el artículo 125 C.c., pero una vez denegada ésta, una de las dos relaciones de filiación, la materna o la paterna, debe quedar establecida.

En este supuesto no podemos acudir a la solución propuesta para el anterior, pues

⁷⁷⁵ DÍEZ DEL CORRAL, en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 902, plantea el supuesto de la omisión del nombre de la madre en el parte médico que informa del hecho del nacimiento del hijo, permitida por el art. 167, párrafo 2º, R.R.c., para facilitar "la inscripción a *patre* de la llamada filiación incestuosa: cfr. art. 125 CC)". El supuesto imaginado por el autor es distinto del que nos planteamos, en el que la nota relevante es la inmediación temporal de la determinación de la filiación paterna y materna. Si, con anterioridad al reconocimiento paterno efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, ya consta la filiación materna, estaremos ante un caso previsto por el art. 125 C.c., de modo que la autorización judicial exigida por este precepto sólo se proyectará sobre el reconocimiento paterno, pues es posterior a la determinación legal de la maternidad.

ambas filiaciones no necesitan ser, *a priori*, aprobadas ni consentidas para quedar determinadas⁷⁷⁶: ninguna goza de preferencia frente a la otra. Se podría mantener, no obstante, que la determinación de la filiación materna tiene preferencia, pues el reconocimiento paterno en todo caso está sometido a determinados requisitos de eficacia. La eficacia de este reconocimiento paterno efectuado dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, si bien es automática, puede suspenderse por la madre (como representante legal del hijo) en el plazo de un año desde el nacimiento, posibilidad que, entendemos, cumple una función similar, aunque expresada en negativo, a la del consentimiento del representante legal del menor contemplada en el régimen general de eficacia de su reconocimiento regulado por el primer párrafo del artículo 124 C.c.

Ahora bien, la necesidad de este consentimiento (implícito en el no ejercicio de la facultad de suspensión por la madre) para la eficacia definitiva del reconocimiento paterno, existe cuando previa o simultáneamente se determina la filiación materna, y esta determinación, de producirse, excluiría de raíz la posibilidad de que quedase determinada en su lugar la filiación paterna (si, suspendida la inscripción del reconocimiento, el padre solicitase la aprobación judicial, tendría automáticamente que denegarse ésta al estar ya determinada la filiación materna y no poder, por tanto, y de acuerdo con el artículo 125 C.c. y la denegación de la autorización judicial, quedar determinada la filiación respecto del otro progenitor), cuando no hay ninguna razón, ante la falta de autorización judicial para que la filiación del menor quede determinada respecto de los dos progenitores, para, partiendo de situaciones iguales, conceder preferencia a la filiación paterna frente a la materna. Ambas

⁷⁷⁶ Si la madre, en caso de que se admita la vigencia del art. 47 L.R.c. a este respecto, desconociese su maternidad en el plazo de quince días que se le concede, no se plantearía ningún problema, ni siquiera sería necesaria previa autorización judicial para que quedase determinada la filiación respecto de los dos progenitores, pues estaríamos ante un supuesto de determinación de una sola de las filiaciones del menor (la paterna).

filiaciones, tanto la materna como la paterna, se tratan de determinar en el mismo espacio de tiempo, muy cercano al nacimiento, y por ello deben gozar de igual relevancia jurídica a los efectos de lo establecido en el artículo 125 C.c. En este sentido, el hecho de que la filiación materna no necesite ser consentida ni aprobada no puede llevar sin más a privilegiar en cualquier caso su determinación en detrimento de la determinación de la filiación paterna, pues el reconocimiento que puede conducir a ello es en principio eficaz por disposición legal.

Las anteriores consideraciones nos llevan a sostener que en estos supuestos de reconocimiento paterno simultáneo a la determinación de la filiación materna en base al artículo 120.4º C.c., cuando resulte que los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta, si el Juez denegase su autorización para que la filiación quede determinada respecto de los dos progenitores y no se llegase a un acuerdo entre éstos sobre la filiación que haya de quedar determinada, deberá ser el propio Juez, en el trámite de la autorización judicial, el que deberá pronunciarse, en interés del hijo menor de edad, sobre cuál de las dos filiaciones ha de quedar establecida en todo caso. Lo que decidiría el Juez es qué filiación conviene más al hijo, pues una de las dos debe determinarse.

2. Previa autorización judicial.

Los aspectos procedimentales de la intervención judicial en que consisten tanto la autorización judicial que exige el artículo 125 C.c., como la aprobación judicial exigida en los artículos 121 y 124 C.c., creemos que deben ser similares. Así, dicha intervención judicial se tramitará en un expediente de jurisdicción voluntaria (la disposición transitoria 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 expresamente habla de <<autorizaciones judiciales>>), y el Juez competente será el Encargado del Registro civil en el que esté inscrito el hijo.

Pero hay dos cuestiones que merecen especial comentario porque diferencian, en cuanto a su función y contenido, la autorización judicial de las aprobaciones judiciales reguladas. La

primera es la incidencia de la autorización en la determinación de la filiación, y la segunda los criterios y la finalidad que debe seguir y perseguir el Juez con su actuación.

1. Función de la autorización judicial.

Fundamental es la cuestión, que repercute directamente en el tratamiento del reconocimiento de la segunda filiación, del objeto inmediato sobre el que incide la autorización judicial, objeto que puede ser, a saber, o bien el título por el que se determina la filiación o bien la determinación misma de la filiación. El artículo 125 C.c. es contundente al afirmar que dicha autorización judicial es <<previa>>, lo que, por otra parte, ya se deduce del mismo término <<autorización>>, pero, ¿previa a qué? Porque en materia de determinación legal de la filiación hay que distinguir claramente dos momentos: la aparición del título de determinación (los de la filiación no matrimonial están taxativamente recogidos en el artículo 120 C.c.), y la determinación misma. Adelantamos que, en nuestra opinión, es previa a la determinación legal de la filiación, que es lo que se deduce del tenor literal del precepto.

En la doctrina se mantiene que la autorización judicial debe ser, al menos teóricamente, previa al otorgamiento o a la tramitación del título por el que se determina la filiación. Lo afirma rotundamente PEÑA, al señalar que "no se trata de un requisito complementario <<a posteriori>> (de una aprobación) del título de determinación legal ya efectuado, por ejemplo, del reconocimiento de filiación, sino de un requisito *previo*, sin el cual no puede iniciarse siquiera el procedimiento o expediente tendente a la creación de un título de determinación legal de la filiación"⁷⁷⁷. Lo presupone también RIVERO al afirmar que "aunque esta norma habla de autorización *previa*, creo que nada impide que si llega a posteriori surta idéntico efecto y sane un reconocimiento que de otra forma sería incompleto e ineficaz (todavía no

⁷⁷⁷ *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 939.

determinada legalmente la filiación)"⁷⁷⁸. Y desde el punto de vista notarial, sostiene GARRIDO DE PALMA que "si de reconocimiento notarial se trata, hemos de asegurarnos, pues, de que el que pretenda verificar el segundo progenitor cuenta con la *previa* autorización judicial, como el precepto exige, caso de menores o incapaces"⁷⁷⁹.

Esta solución, si bien puede mantenerse, no nos parece que sea evidente, o que pueda deducirse sin más de la distinción entre "aprobación" y "autorización", de que la primera sea *posterior* y la segunda *previa*. La autorización sigue siendo previa si se refiere a la determinación de la filiación y no al título que sirve de medio para llegar a esa determinación.

Puede pensarse, como señala RIVERO, que la <<previa autorización judicial>> "denota algo más enérgico y de mayor entidad que la mera aprobación de los otros supuestos"⁷⁸⁰. Pero, en contra, también puede pensarse que la exigencia de "autorización", y no de "aprobación", no tiene nada que ver con la mayor energía o entidad que se le haya querido dar al requisito exigido sino con el objeto al que se quiere referir: en el artículo 125 C.c. el punto de referencia inmediato no es concretamente el reconocimiento, como cuando se exige la aprobación judicial en los artículos 121 y 124 C.c., sino en general la determinación de la filiación, cualquiera que sea el título por el que se llegue a este efecto. La determinación de la filiación es el punto final del proceso jurídico que se inicia con el otorgamiento de un título de determinación legal, y en puridad lo que se trata de evitar sólo es lo primero, es decir, que efectivamente quede determinada la filiación. Al ser esta determinación el final del proceso,

⁷⁷⁸ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 476.

⁷⁷⁹ *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 174. Centrándose igualmente en el reconocimiento, ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, ob. cit., págs. 363-364, indica que "en relación con los hijos procreados por hermanos o consanguíneos en línea recta, se necesita la previa autorización judicial para el reconocimiento por uno de los progenitores cuando esté ya determinada la filiación respecto del otro, si se trata de un menor o incapaz".

⁷⁸⁰ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 476.

la intervención judicial necesariamente ha de ser previa, mientras que en los artículos 121 y 124 C.c. el punto de referencia inmediato es el reconocimiento, por lo que puede hablarse de una intervención judicial posterior al mismo y necesaria para que la filiación quede determinada.

No basta, pues, aferrarse al empleo de la expresión <<previa autorización judicial>> para defender que ésta ha de ser anterior al reconocimiento o a cualquier otro medio de determinación legal de la filiación, sino que debería profundizarse más en el sentido y función que cumple la intervención judicial en el artículo 125 C.c. para justificar, o no, la tesis anterior.

Lo que busca el legislador al exigir esta autorización judicial es que la filiación del hijo de hermanos o consanguíneos en línea recta, cualquiera que sea el título por el que se trate de determinar, no quede determinada respecto de los dos progenitores, pues entonces se descubriría la relación parental que une a los progenitores, si no es conforme con el interés del menor o incapacitado. Lo que pretende es que no se publique oficialmente esa filiación que puede ser afrentosa para el hijo, pero para conseguir esta finalidad le basta con impedir, por medio de la exigencia de previa autorización judicial, que llegue a surtir efectos, que determine la filiación en definitiva, el título de determinación ya efectuado. No tiene justificación descender un grado más y entender que la autorización judicial ha de ser previa incluso al título, es más, lo que tiene justificación es entender precisamente lo contrario, es decir, que el título es perfectamente válido. Porque de esta forma se respeta plenamente el interés del hijo, criterio determinante al establecer la limitación para que su filiación quede determinada en el artículo 125 C.c.: el hijo, al llegar a la emancipación o al recuperar la capacidad suficiente, contará con un título plenamente válido que, sin más trámites y por su sola voluntad, puede concederle la eficacia negada por un Juez durante su minoría de edad o

incapacitación, pues ese título habría determinado la filiación en ese momento de no haber sido por la falta de autorización judicial para ello.

Esta solución nos parece especialmente evidente en el caso de que, ya determinada la filiación respecto de uno de los progenitores, el otro pretenda que se determine la suya reconociendo al hijo. Si este reconocimiento es perfectamente válido y completo, como cuando necesita el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, será ya irrevocable y podrá determinar la filiación si el hijo lo consiente en los términos del artículo 123 C.c. Si, por el contrario y como mantiene la doctrina, el reconocimiento no es completo, o incluso no puede otorgarse sin la previa autorización judicial, denegada ésta el hijo no tendrá nada al alcanzar la capacidad suficiente para consentirlo por sí mismo, dependiendo entonces que su filiación quede determinada de la voluntad del reconocedor, que puede o no volver a reconocer, o del inicio de un nuevo expediente registral o procedimiento judicial que, obviamente, resultará mucho más gravoso para él.

Es más, el hecho de que la previa autorización judicial para determinar la filiación en estos casos en que los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta, sólo se exija cuando el hijo es menor o incapaz, que no se establezca ningún tipo de limitación en el caso de que el reconocido sea mayor y capaz, nos lleva lógicamente a mantener que la validez del reconocimiento, del título de determinación legal de la filiación, en uno y otro caso debe ser la misma: será un reconocimiento válido, completo desde el punto de vista del reconocedor, que puede otorgarse sin ningún límite, pero que sólo determinará la filiación si se autoriza judicialmente esta determinación (art. 125 C.c.) o si se consiente el reconocimiento (art. 123 C.c.), respectivamente. ¿Qué razón hay para defender que, ante una misma situación de hecho -la determinación de la filiación respecto del otro progenitor-, si el hijo es mayor y capaz el reconocimiento puede otorgarse y es plenamente válido, pero si el hijo es menor o

incapacitado el reconocimiento no puede otorgarse o es un acto incompleto? Ninguna, porque la protección del hijo, que es por lo que se exige la autorización judicial ante la falta de capacidad del mismo, demanda únicamente que ese reconocimiento no determine la filiación si no conviene al menor o incapacitado.

En resumidas cuentas, y por lo que atañe al reconocimiento, llegamos a la conclusión de que la autorización judicial prevista por el artículo 125 C.c. es requisito de eficacia del mismo, igual que la aprobación judicial exigida por los artículos 121 y 124 C.c.

2. Finalidad de la autorización judicial.

Dice el artículo 125 C.c. que la autorización judicial se otorgará <<cuando convenga al menor o incapaz>>. El interés del hijo está, pues, expresamente recogido en el precepto, pero lo que debe convenir al hijo, ¿qué es? ¿Que la filiación quede determinada respecto de los dos progenitores, la filiación del progenitor que se determina con posterioridad a la del otro, o ambas cosas a la vez?

Al hacernos estas preguntas entramos de lleno en una de las dos cuestiones que nos parecen más relevantes relacionando el artículo 125 C.c. con el reconocimiento de la filiación: la yuxtaposición o la acumulación de los artículos 124 y 125 C.c. Porque si el Juez, para decidir la autorización, sólo debe estar a las repercusiones que la publicación de su origen "incestuoso" tiene en el hijo, a las consecuencias que tendría la determinación de la filiación respecto de los dos progenitores, será necesario el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial para que el reconocimiento efectivamente determine la filiación, pues es a través de estos mecanismos que se valora el interés del menor o incapacitado en el reconocimiento. Por el contrario, si el Juez decide en función de los dos criterios, es decir, en función de las consecuencias de la determinación de la filiación respecto de los dos progenitores y en función del interés del hijo en que una determinada persona, el que

reconoce, aparezca como progenitor, sería innecesario acudir, además, al consentimiento o a la aprobación previstos por el artículo 124 C.c., que se conceden o no atendiendo al segundo de los criterios enunciados.

Puede pensarse que la cuestión está mal planteada y que habría que invertir los términos. Es decir, que, para saber a qué criterios debe atender el Juez para conceder o denegar la autorización, habría que decidir primero si el régimen diseñado por el artículo 125 C.c. se yuxtapone al régimen de eficacia del reconocimiento establecido por el artículo 124 C.c., o si, por el contrario, la autorización judicial es un requisito añadido al consentimiento del representante legal del menor o incapacitado o a la aprobación judicial. Que sea un requisito añadido a la eficacia de cualquier título de determinación legal de la filiación no matrimonial que no sea el reconocimiento es evidente, pues no encontramos ninguna disposición que también se refiera a menores o incapaces. Sin embargo, en la medida en que la filiación del otro progenitor del que habla el artículo 125 C.c. puede determinarse por medio de un reconocimiento, y este reconocimiento de menor o incapaz, como sería el caso regulado por el precepto anterior, también se contempla en el artículo 124 C.c., coincidiendo en ambos la necesidad (en un caso obligatoria y en el otro alternativa) de intervención judicial, pueden plantearse problemas de sincronización entre ambos preceptos.

Las dos posiciones que hemos señalado, yuxtaposición o acumulación de los artículos 124 y 125 C.c., están presentes en nuestra doctrina. Así, mientras RIVERO piensa que la autorización suple el consentimiento del representante legal del artículo 124 "(cuando este precepto pueda entrar en juego), habida cuenta de ser requisito alternativo a la aprobación judicial, y quedar subsumida ésta en aquélla"⁷⁸¹, DE LA CÁMARA presupone lo contrario al afirmar que "la autorización judicial es precisa, por consiguiente, tanto para que el

⁷⁸¹ *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 477.

representante legal del menor o incapaz pueda aceptar el reconocimiento, como para entablar la acción de reclamación"⁷⁸².

Entendemos, por nuestra parte, que, por lo que se refiere al reconocimiento de filiación, el artículo 125 C.c. establece un régimen distinto al del artículo 124 C.c. que se aplicará, como especialidad respecto al general establecido en este último precepto, cuando con ese reconocimiento, determinada ya la filiación respecto de uno de los progenitores, se trate de determinar la del otro, resultando del conocimiento de los dos progenitores que éstos son hermanos o consanguíneos en línea recta. Llegamos a esta conclusión por varias razones.

En primer lugar, nos hemos preguntado por los motivos que pudieron llevar al legislador a introducir, dentro de los preceptos que regulan el régimen del reconocimiento de filiación, una disposición que concierne en general a la determinación de la filiación, y no específicamente al reconocimiento⁷⁸³. Desde este punto de vista, es efectivamente asistemático, pero no lo es tanto si consideramos que los sujetos pasivos a los que se refiere el artículo 125 C.c. son los mismos que los del artículo inmediatamente anterior, y que el legislador, además de extender la necesidad de la autorización judicial a cualquier medio de determinación legal

⁷⁸² *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 328. Parece que también participa de esta opinión PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 938, pues después de afirmar que el precepto introduce "un requisito especial, sin el cual no habrá título de determinación legal de la filiación", continúa diciendo que "por lo demás, la determinación legal de la filiación queda sujeta a las reglas ordinarias".

⁷⁸³ En el Proyecto del Gobierno ya se recogía el precepto en el mismo lugar, a continuación del reconocimiento de hijo menor o incapaz, posición que no se discutió hasta su paso por el Senado, donde el grupo de UCD presentó una enmienda, la nº 48, en la que se pedía que el art. 125 pasase a ser el art. 121, por considerar que "este artículo incorpora un precepto que se refiere al régimen general de la determinación legal de la filiación no matrimonial abstracción hecha de cuál sea el título concreto por el que se haya efectuado. En consecuencia, resulta claramente asistemático situar este artículo precedido y seguido por otros que disciplinan el reconocimiento como uno de los mecanismos concretos de producir aquella determinación legal" (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit. pág. 655). La enmienda fue aceptada por el Informe de la Ponencia (*últ. ob. cit.*, pág. 722) y por el Dictamen de la Comisión (*últ. ob. cit.*, pág. 781), sin embargo el Congreso aprobó la numeración inicial.

de la filiación, pretendía establecer un régimen especial de eficacia del reconocimiento, en algún aspecto distinto al definido en el artículo 124 C.c. Si ésta era la intención del legislador, y en la medida en que se contempla un supuesto diferenciado de reconocimiento de hijo menor o incapacitado, bien es verdad que no individualizado expresamente pero incluido dentro del supuesto de hecho de la norma, está justificado que la regla que quiere implantar basada en la relación "incestuosa" de los progenitores se coloque dentro de la regulación del reconocimiento y a continuación del reconocimiento de hijo menor o incapaz.

Por otra parte, si se profundiza un poco, el régimen regulado por el artículo 125 C.c. no es tan distinto del diseñado en el artículo 124 C.c. como para justificar una aplicación superpuesta de ambos preceptos⁷⁸⁴. Aparentemente se diferencian en tres aspectos: el consentimiento del representante legal y la aprobación judiciales son, literalmente, necesarios para que el reconocimiento sea eficaz mientras que la previa autorización judicial se exige para que la filiación quede determinada; el artículo 124 C.c. permite que el reconocimiento sea eficaz si es consentido por el representante legal del menor o incapacitado, pero no así el artículo 125 C.c., que sólo admite la autorización judicial, y el Juez debe oír al progenitor legalmente conocido si se trata de aprobar el reconocimiento, pero no está obligado a ello por el artículo 125 C.c. si su función es autorizar la determinación de la filiación. Analicemos estas presuntas diferencias.

En primer lugar, como previamente hemos argumentado, tanto el consentimiento del representante legal como la aprobación o autorización judiciales son requisitos de eficacia del reconocimiento, necesarios para que la filiación reconocida quede determinada.

⁷⁸⁴ Es irrelevante para la solución que defendemos que el reconocimiento se efectúe dentro del plazo para inscribir el nacimiento o con posterioridad, pues con la autorización judicial se suple tanto el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, como todo el complejo proceso regulado en el segundo párrafo del art. 124 C.c. que puede conducir también a la aprobación judicial. Lo único que sí que tendrá que tener en cuenta el Juez es que, si el reconocimiento es inmediatamente posterior al nacimiento, existe, en principio, una presunción a su favor, pues el legislador le concede eficacia inmediata.

En segundo lugar, si se considera que el consentimiento del representante legal y la aprobación judicial son requisitos alternativos, no subsidiaria una del otro, se acepta que el reconocedor pueda acudir, sin consultar el parecer del representante legal, directamente a la aprobación judicial, que es lo que ocurre en definitiva si es de aplicación el artículo 125 C.c., si bien en un caso es una opción que se le da al reconocedor y en el otro es un trámite obligatorio. Esta exclusión del consentimiento del representante legal en el caso regulado por el artículo 125 C.c., puede justificarse por la especial gravedad de la decisión que debe tomarse en interés del menor o incapacitado, pues, al margen de que el Juez, a la hora de decidir si concede o no la autorización requerida, deba valorar si el reconocimiento es beneficioso para el hijo, lo que no ofrece dudas es que debe averiguar si la determinación de la filiación respecto de los dos progenitores, que será tachada socialmente de incestuosa, es conveniente para el hijo, si reportará en su beneficio o sólo le acarreará perjuicios. Es esta circunstancia la que ha podido llevar al legislador a prescribir en todo caso, y como mejor defensa del interés del hijo, una intervención judicial, pública, objetiva, para la determinación de la filiación.

Por último, es cierto que las audiencias exigidas para la aprobación judicial del artículo 124 C.c. son distintas de las exigidas para la autorización judicial del artículo 125 C.c., pues, si bien es común la del Ministerio Fiscal, la del progenitor legalmente conocido sólo es obligatoria para la aprobación. Sin embargo, no nos parece que la necesaria intervención del otro progenitor en el procedimiento judicial sea motivo suficiente para gravar al reconocedor, que ya ha obtenido la autorización judicial para que su filiación quede determinada, con la carga de iniciar otro procedimiento con el fin de obtener la aprobación judicial necesaria para que sea eficaz su reconocimiento, en el supuesto de que el representante legal no preste su consentimiento. Porque no es conforme con el principio de economía procesal y, sobre todo,

porque, a pesar de que sólo se exige la audiencia de determinadas personas, la doctrina no las considera como *numerus clausus* y aboga por la participación de los posibles interesados: el hijo⁷⁸⁵, su representante legal (si no es uno de los progenitores), el reconocedor o persona que pretende que su filiación se determine, y el otro progenitor. El Juez, aunque no esté obligado por la Ley⁷⁸⁶, deberá oír a todos ellos, porque así lo decida o porque los mismos soliciten intervenir en el procedimiento.

Mantenemos, pues, que cuando, determinada la filiación respecto de uno de los progenitores, el otro, hermano o consanguíneo suyo, reconozca al hijo menor o incapacitado, el régimen establecido por el artículo 125 C.c. sustituye al del 124⁷⁸⁷, por lo que el Juez, para conceder la autorización requerida, deberá entender: primero, que no será perjudicial para el menor o incapacitado que se publique oficialmente su origen, y segundo, que la filiación reconocida sea, desde el punto de vista biológico, posible y el reconocimiento beneficioso para el hijo. La autorización engloba, por tanto, la aprobación judicial, lo que también puede llevar, volviendo a las audiencias exigidas, a entender que la del progenitor legalmente conocido es en todo caso obligada por extensión de lo establecido, respecto de la aprobación, en el artículo

⁷⁸⁵ Se refiere expresamente a él RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 476, diciendo que deberá ser oído si tiene suficiente juicio "máxime cuando aparece claro que se deberá conceder o denegar aquélla según convenga o no a éste".

⁷⁸⁶ El Juez está obligado en todo caso a dar audiencia al hijo, como consecuencia del reconocimiento a los menores del derecho a ser oídos en el art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero.

⁷⁸⁷ Se puede objetar que al establecerse que <<podrá quedar determinada>> el legislador deja a salvo cualquier otra regla que sea de aplicación para la determinación de la filiación, por ejemplo la contenida en el art. 124 C.c. si se trata de un reconocimiento. Las razones que hemos aportado en contra de esta solución creemos que son suficientes para rebatir esta impresión basada en la literalidad del precepto, literalidad que, por otra parte, al tratar de abarcar cualquier medio de determinación legal de la filiación, no puede expresar las peculiaridades que cada uno de estos medios presenta. Así, si la filiación se trata de determinar judicialmente, es correcto decir que <<podrá quedar determinada>>, pues por el solo hecho de la autorización judicial no quedaría determinada; sin embargo, si se trata de determinar mediante un reconocimiento, puede mantenerse que la filiación "quedará determinada" si se da la autorización judicial, pues ésta cumple una función similar a la de la aprobación judicial, que cuando recae dota de eficacia al reconocimiento, determinándose en consecuencia la filiación.

Esta doble valoración del interés del hijo, en cuanto a la incidencia de la determinación completa de su filiación, por una parte, y del reconocimiento concretamente por otra, no encuentra obstáculos en el tenor literal del artículo 125 C.c., al establecer que la filiación <<sólo podrá quedar determinada respecto del otro... cuando convenga al menor o incapaz>>. Esta conveniencia, textualmente, puede referirse tanto a la determinación doble de la filiación como a la concreta filiación posterior que se trata de determinar.

Para acabar con este tema, conviene hacer dos matizaciones: una acerca del contenido del interés del hijo como criterio decisor, en caso de que la filiación se trate de determinar por medio distinto del reconocimiento, y otra sobre la inaplicabilidad del artículo 124 C.c. en cualquier caso.

Si la filiación que necesita autorización judicial para determinarse se trata de establecer mediante un procedimiento en el que el interés del hijo no tiene ninguna relevancia, por ejemplo por sentencia judicial, que atenderá ante todo a la verdad biológica, la conveniencia para el menor o incapacitado se valorará exclusivamente en función de las repercusiones que puede tener para él que la filiación quede determinada respecto de los dos progenitores, sin entrar en la cuestión de si esta posterior filiación que se intenta determinar es, en sí misma y con independencia de la relación que une a los padres, beneficiosa o no para el hijo.

Al entender que el régimen del artículo 125 C.c. es alternativo del régimen general del artículo 124 C.c., y que, por ello, la autorización del Juez debe basarse en una doble circunstancia (que tanto la determinación completa de la filiación como el reconocimiento sean convenientes para el hijo), puede darse el caso de que no se vea inconveniente en que la filiación quede determinada respecto de los dos progenitores, pero se considere que es

contrario al interés del hijo el concreto reconocimiento de paternidad o maternidad. Desde nuestro punto de vista, se debería denegar la autorización judicial, ya que subsumimos dentro de ella la aprobación prevista en el artículo 124 C.c. El problema es que entonces, aplicando el artículo 125 y no el 124, no le queda al reconocedor el recurso de acudir, en defecto de aprobación judicial, al consentimiento del representante legal del hijo⁷⁸⁸, lo que supondría, para el presunto progenitor y para el menor o incapacitado, una discriminación injustificada. No cabría esta posibilidad si la autorización judicial no se concede porque sería perjudicial para el hijo que se determinase la filiación respecto de los dos progenitores, pues en este caso no puede quedar determinada de ningún modo la segunda filiación.

Como única solución posible, habría, pues, que matizar que si se concede la autorización judicial prevista en el artículo 125 C.c. el reconocimiento será eficaz y determinará, por tanto, la filiación; pero si la autorización se deniega, el Juez deberá aclarar si es porque la filiación no puede quedar determinada en ningún caso respecto de los dos progenitores o bien porque el reconocimiento es contrario al interés del menor. Si no se autoriza el reconocimiento por lo primero, no cabrá el consentimiento del representante legal; si es por lo segundo, ya que ha desaparecido el obstáculo impuesto por el artículo 125 C.c., el reconocimiento, como cualquier otro, podrá ser eficaz y determinar la filiación si recae el consentimiento del representante legal.

3. Invalidación de la determinación de la filiación.

Si recae la autorización exigida por el primer párrafo del artículo 125 C.c. y la filiación efectivamente se determina respecto de los dos progenitores, la Ley permite que la determinación de la filiación para la que se ha solicitado dicha autorización judicial sea

⁷⁸⁸ Ya hemos señalado que, contrariamente a lo que nosotros mantenemos, hay autores que no admiten esta subsidiariedad del consentimiento del representante legal una vez denegada la aprobación judicial, por lo que no tendrán que enfrentarse al problema que exponemos.

invalidada por el hijo al alcanzar la plena capacidad.

Queremos adelantar que, ya que el objeto de nuestro trabajo es la determinación de la filiación, concretamente por medio de un reconocimiento, y lo que regula el segundo párrafo del artículo 125 C.c. es precisamente lo contrario, es decir, destruir esa determinación, no vamos a tratar con la debida profundidad los muchos problemas que plantea la norma.

Empezamos analizando en qué consiste la invalidación a la que se refiere el artículo 125 C.c. Consecuentemente con nuestra posición sobre el objeto sobre el que se proyecta la autorización judicial, pensamos que su función es dejar indeterminada la filiación para la que se solicitaba, en definitiva dejar sin efecto la autorización judicial, quedando a salvo el título de determinación legal⁷⁸⁹. De modo que si este título era un reconocimiento, éste seguirá siendo válido e irrevocable, pudiendo llegar a ser eficaz con posterioridad si recaen los consentimientos oportunos⁷⁹⁰.

Es criticable que el legislador no haya establecido un plazo de caducidad, a partir de la plena capacidad del hijo, en el que quepa invalidar la determinación de la filiación, plazo exigible por lo siguiente. Lo que se trata de proteger es el interés del hijo en que no conste su filiación por las connotaciones negativas que conlleva su origen, y la consciencia de ese

⁷⁸⁹ RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 477, también cree que "la <<declaración auténtica>> del hijo dejará sin eficacia la filiación cuya determinación perfeccionó la autorización judicial, mas no perderá su validez (si se trataba de reconocimiento, será irrevocable...)". PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 940, por el contrario, pero consecuente con su tesis, habla de invalidación del título y no de invalidación de la determinación de la filiación.

⁷⁹⁰ Esta es la solución que, al menos en teoría, cabe mantener. Sin embargo, no creemos que puedan admitirse consentimientos o aprobaciones que no provengan del propio hijo, debido a la visión degradante que socialmente se tiene de esta filiación. Si el hijo, ya capaz, ha invalidado la determinación de su filiación, no cabría que, posteriormente incapacitado, pudiera consentir su representante legal o aprobar el Juez el reconocimiento, ya que el hecho de su generación incestuosa es inamovible y, por ende, su interés en que quede determinada o no su filiación. Si el hijo fallece, también es dudoso que el reconocimiento determine la filiación si recae el consentimiento de sus descendientes, pues aunque en el art. 126 C.c. lo que se pondera es el interés de éstos, merece igual respeto el derecho a la intimidad de la persona ya fallecida, derecho que podría vulnerarse con la publicación de su origen.

perjuicio, si lo hay, la debe tener el hijo desde el mismo momento en que adquiere la plena capacidad, si no antes, estando como está su filiación ya determinada. Dejar esta determinación en una situación de provisionalidad indefinida, a expensas de la mera declaración en contrario del hijo, no concuerda con la necesaria fijeza y estabilidad que debe presidir la filiación, como estado civil que es; fijeza y estabilidad que sólo deberían decaer si se impugna judicialmente la filiación.

Para que se produzca esta invalidación, el hijo, una vez alcanzada la plena capacidad, deberá emitir una declaración auténtica. Respecto de la capacidad exigida, y a pesar de la rotundidad con que se pronuncia el artículo 125 C.c., exigiendo que sea plena⁷⁹¹, hay que conectarla con el contenido que se les haya dado a los términos <<menor>> e <<incapaz>>. Si la autorización judicial no es necesaria cuando se trata de determinar la filiación de un menor emancipado o de un incapacitado sometido a curatela, estos menores o incapacitados podrán invalidar dicha determinación, pues si tienen capacidad para que un Juez no decida por ellos si queda o no determinada su filiación cuando ésta revela que los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta, también tendrán capacidad para emitir una declaración en contra de lo que decidió por ellos un Juez.

En cuanto a la forma necesaria para invalidar la determinación de la filiación autorizada, la Ley prevé que sea una <<declaración auténtica>>. Declaración auténtica lo será la efectuada ante el Encargado del Registro Civil y la que conste en documento público⁷⁹².

⁷⁹¹ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 941, considera que la tienen el mayor de edad, el menor emancipado y el pródigo.

⁷⁹² DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 331, señala que "la declaración invalidatoria debe hacerse en forma auténtica. Es decir, ha de formalizarse ante el encargado del Registro civil o en documento que, por su propia naturaleza, tenga carácter auténtico (normalmente la escritura pública). No es suficiente un simple documento privado"

forma pública exigida por, como señala DE LA CÁMARA⁷⁹³, la eficacia *erga omnes* de la declaración: la filiación está determinada o no está determinada frente a todos.

La invalidación, por último, no será posible si el hijo ha consentido la determinación de la filiación. Este impedimento viene a apoyar la consideración de la autorización judicial como sustitutoria del consentimiento del hijo para que la filiación quede determinada cuando resulte que los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta⁷⁹⁴. Este consentimiento, que puede ser expreso o tácito⁷⁹⁵, pues la Ley no especifica y así es también el que puede prestar el hijo mayor y capaz al reconocimiento (art. 123 C.c.), ha debido darse cuando el hijo tenía ya la capacidad suficiente para oponerse a la determinación de la filiación, es decir, cuando tenía <<plena capacidad>>, entendida ésta en los términos ya señalados. Por la vía del consentimiento tácito se puede, quizá, limitar el plazo, en principio indefinido, que tiene el hijo para invalidar la determinación de la filiación: si estando determinada la filiación,

⁷⁹³ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 332.

⁷⁹⁴ Una cuestión muy interesante que puede plantearse, y que sólo dejamos señalada, es qué protección tiene el hijo, mayor y capaz, cuando, ya determinada la filiación respecto de uno de los progenitores, el otro reclama judicialmente la filiación. Aunque el hijo no quiera que la filiación se determine, debido a su origen, si es conforme con la verdad biológica el Juez la declarará, por lo menos no tiene ningún obstáculo legal para declararla. Si lo que se pretende exigiendo la autorización judicial en el art. 125 C.c. es evitarle al hijo la deshonra social que conlleva su origen, decidiendo por él el Juez ante su falta de capacidad, se debería haber dado también esta opción al hijo ya mayor y capaz, pues la deshonra permanece con independencia de la edad del hijo, y la filiación puede ser igualmente cierta si se trata de determinar judicialmente cuando el hijo es menor o incapaz como si se trata de determinar judicialmente cuando es mayor y capaz. Aunque la filiación coincida con la verdad biológica, si el Juez no da su autorización no quedará determinada si el hijo es menor o incapaz; en cambio, si es mayor y capaz, no puede oponer, frente a la veracidad de los hechos, el interés que en todo caso se tiene en cuenta cuando es menor o incapaz. En nuestra opinión, no haber previsto esta posibilidad es contradictorio con el espíritu que anima la introducción de un precepto como el del art. 125 C.c., y proponemos el estudio del juego que en estos casos de determinación judicial de la filiación, siendo demandado el hijo mayor y capaz, puede tener el consentimiento previsto al final del art. 125 C.c. Si el hijo consiente la determinación de la filiación autorizada judicialmente no cabe la invalidación, de donde quizá podría deducirse que este consentimiento es necesario en todo caso para que la filiación quede determinada respecto de los dos progenitores.

⁷⁹⁵ Así lo entiende DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 332.

el hijo, alcanzada la plena capacidad, deja transcurrir el tiempo sin emitir la declaración auténtica en contrario, podría suponerse que consiente tácitamente que esa filiación siga estando determinada.

CAPÍTULO VIII: RECONOCIDO YA FALLECIDO

I INTRODUCCIÓN

Establece el artículo 126 del Código civil que <<El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales>>. Con esta previsión, cierra el legislador la regulación del reconocimiento pergeñada en su reforma de la filiación, basada en la exigencia de distintos consentimientos o aprobaciones que deben unirse al reconocimiento para que éste pueda determinar la filiación. Como hemos venido señalando, si el hijo es mayor de edad, se exige su consentimiento; si es menor de edad o incapacitado, el consentimiento de su representante legal o la aprobación judicial, y si el hijo ya ha fallecido, el consentimiento de sus descendientes⁷⁹⁶.

Siendo congruente con la filosofía que inspira todo el régimen jurídico del reconocimiento, la Ley prevé el consentimiento de determinadas personas para que tenga eficacia el reconocimiento del hijo fallecido. Ya que no puede prestar él mismo el consentimiento, por sí (art. 123 C.c.) o sustituido por su representante legal o por la aprobación judicial (art. 124 C.c.), se exige el consentimiento de los que más directamente se verán afectados por la determinación extrajudicial de la filiación, que son sus descendientes. La determinación de la filiación no matrimonial no sólo crea un *status filii* sino también un

⁷⁹⁶ No se trata de que el consentimiento del hijo mayor de edad, o el del representante legal del menor o incapacitado, se transmita a sus descendientes, sino que se exige su consentimiento por sí mismos. En contra se pronuncia MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, Tomo II, Madrid, 1981, pág. 79: "el presupuesto básico de la eficacia de todo reconocimiento, esto es, el consentimiento del reconocido o su representante legal, en este caso necesariamente, se transmite a sus causahabientes en línea recta si son capaces y si no a través de sus representantes legales, con lo que se reproduce el espíritu de la transmisión <<mortis causa>> de los efectos del artículo 119 <<in fine>>"

status familiae, por lo que incidirá tanto en la esfera personal (modificación de apellidos), como en la esfera patrimonial (obligación de alimentos y posibles derechos hereditarios) de los descendientes del hijo. El interés de éstos, a falta del hijo reconocido, en la eficacia del reconocimiento es, pues, evidente, y tener en cuenta su voluntad para una mejor protección de sus derechos es lo que inspira el artículo 126 C.c.

Con este precepto se trata de llenar la laguna legal que presentaba el anterior sistema de filiación, que no contemplaba el supuesto de los reconocimientos de hijos fallecidos⁷⁹⁷. La jurisprudencia y la doctrina tuvieron que llenar el vacío sin la guía de una regla expresa,

⁷⁹⁷ En la actualidad, tampoco regulan el reconocimiento del hijo ya fallecido ni la Ley catalana de filiaciones ni la Compilación navarra. Para el Derecho catalán, mantienen GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ob. cit. págs. 59-60, que, debido al silencio legal, debe admitirse. Respecto a si es necesario o no el consentimiento de los descendientes, afirman que "el principio de verdad biológica parece que conduciría a afirmar que tales requisitos (*conditio iuris*) de eficacia no son necesarios. No obstante, el del *favor filii* (aquí extendido a los descendientes) conduce a la solución contraria: la necesidad de contar con dichos requisitos. También, en este caso, el reconocimiento puede ser <<sospechoso>>", por lo que concluyen que "parece que, en aras a la congruencia de todo el sistema y a la completud de la regulación de la filiación que se contiene en la presente Llei, lo más razonable sea entender - como ya se ha dicho- que ante el silencio legal cabe el reconocimiento del hijo ya fallecido cuyos efectos se extenderán a sus descendientes. Pero este reconocimiento deberá contar o con el consentimiento de los descendientes mayores de edad (Art. 7.1 LL F analog.) o con la aprobación judicial en caso de que sean menores de edad o incapacitados (Art. 7.2 LL F). A los descendientes no parece que se les pueda imponer -dado el contenido de la filiación- una filiación en contra de su voluntad (Cfr. Art. 11 LL F)" Otra opinión a este respecto es la de POZO, "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones", ob. cit., pág. 1.207, que, sin decantarse por ninguna, expone las dos interpretaciones que pueden darse, atendiendo a la finalidad de la Ley de establecer una regulación <<autónoma y autosuficiente>>: el reconocimiento del ya fallecido o es eficaz sin necesidad de requisito complementario alguno, o es ineficaz para determinar la filiación, debiendo acudir a la vía judicial o al expediente registral. Por último, GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre el Derecho de Filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil", ob. cit., págs. 243-244, distingue tres supuestos, aplicando extensivamente lo dispuesto por el art. 7 de la Ley: el reconocimiento de un hijo fallecido siendo mayor de edad no producirá ningún efecto porque faltará siempre el consentimiento exigido por el art. 7.1; el reconocimiento de un hijo fallecido siendo menor de edad o incapacitado realizado en tiempo o en testamento será plenamente eficaz (art. 7.2, primer inciso); el reconocimiento de un hijo fallecido siendo menor de edad o incapacitado realizado fuera de tiempo, requerirá la aprobación judicial exigida por el art. 7.2, segundo inciso.

Respecto del Derecho navarro, SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 335, se plantea si el silencio o la omisión deben valorarse como laguna legal o, por el contrario, como rechazo del sistema contenido en el art. 126 C.c. Además de otras consideraciones ya vistas, vid. *supra* nota X en relación a la filiación llamada por el autor incestuosa, SANCHO añade que "la ley 66 supedita la eficacia del reconocimiento al consentimiento del reconocido <<mayor de edad>> o a la no impugnación caducable (menor e incapacitado), ninguna de cuyas previsiones son referibles al reconocimiento del hijo fallecido. El último párrafo de la ley 66 contempla únicamente tres situaciones del hijo reconocible: mayor de edad, menor de edad o incapacitado; la no contemplación del fallecido parece indicar que se excluye la posibilidad del reconocimiento *post mortem*"

aportando soluciones diversas a la problemática de si eran posibles o no este tipo de reconocimientos, vistos con desconfianza al intuirse un ánimo interesado de heredar al hijo en el reconocedor⁷⁹⁸. En la actualidad, el artículo 126 C.c. admite el reconocimiento del hijo ya fallecido, si bien sólo tendrá efecto si lo consienten los descendientes del mismo.

También se admite el reconocimiento del hijo ya fallecido en otros Derechos de nuestro entorno cultural, si bien las soluciones que ofrecen son distintas.

Así, en Francia la doctrina entiende que cabe este reconocimiento haya dejado o no el hijo descendientes⁷⁹⁹, sin que se exija, de acuerdo con el sistema seguido en este país, ningún tipo de consentimiento para la eficacia del mismo⁸⁰⁰. Basan los autores su interpretación en la no exigencia legal de que existan descendientes en el caso del reconocimiento, a diferencia de lo establecido por el artículo 332 del Code para la legitimación de hijos⁸⁰¹. No obstante, se

⁷⁹⁸ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 431, resume el estado de la cuestión antes de la reforma. Había autores, como Albaladejo, que defendían el reconocimiento de hijos ya fallecidos, con o sin descendientes, pues la existencia de éstos sólo se exigía, implícitamente, por el antiguo art. 124 C.c. para la legitimación. Otros, como Royo Martínez, negaban la validez de estos reconocimientos de hijos fallecidos sin descendencia. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1928 consideró nulo el reconocimiento de un hijo fallecido sin descendientes, al probarse que el único ánimo del reconocedor era heredar al hijo reconocido.

⁷⁹⁹ HUET-WEILLER, "Le droit français de la filiation", en *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, bajo la dirección de Pauwels, Bruselas, 1981, pág. 65, menciona que el padre de un hijo natural puede reconocerlo en todo momento, incluso antes de su nacimiento o después de su muerte. COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, ob. cit., pág. 165, y HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU y VAN CAMELBEKE, *La filiation*, ob. cit., pág. 116, añaden que no es necesario que el hijo fallecido haya dejado descendientes. CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, ob. cit., pág. 277, escriben que "un enfant peut être reconnu après son décès, bien que la reconnaissance soit alors suspecte car elle peut n'avoir d'autre but que d'appréhender la succession de l'enfant"

⁸⁰⁰ Mantiene lo mismo para el Derecho suizo, STETTLER, *Traité de Droit Privé Suisse*, ob. cit., pág. 31: el hijo puede ser reconocido incluso después de su fallecimiento "qu'il ait ou non des descendants, lorsqu'un intérêt juridique digne de protection le justifie"

⁸⁰¹ COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, ob. cit., pág. 165, expresamente señalan que "il n'est point nécessaire, dans ce dernier cas, que l'enfant ait laissé des descendants puisque cette règle, qui figure à l'article 332, est propre à la légitimation" Y HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, ob. cit., pág. 475, razonan que "la règle de l'article 332 qui n'autorise la légitimation d'un enfant décédé que s'il laisse des descendants n'a pas été étendue, comme il avait

pone de relieve que no se ha tenido en cuenta el probable ánimo interesado del reconocedor, criticándose que no se haya limitado este tipo de reconocimientos a los hijos con descendientes⁸⁰².

En Italia, el artículo 255 del Codice civile contempla expresamente el supuesto del reconocimiento de un hijo premuerto, admitiéndolo pero sólo en favor de sus descendientes legítimos e hijos naturales reconocidos⁸⁰³. La doctrina italiana está dividida, no obstante, en torno a la exigencia o no del consentimiento de los descendientes para que tenga eficacia, a su favor, el reconocimiento⁸⁰⁴.

parfois été suggéré à la simple reconnaissance". El artículo en cuestión, que establecía que <<La légitimation peut avoir lieu après la mort de l'enfant, s'il a laissé des descendants; elle profite alors à ceux-ci>>, ha sido, no obstante, derogado por la Ley nº 93-22 de 8 de enero de 1993, introduciéndose en el art. 331, párrafo primero, un añadido que subrayamos: <<Tous les enfants nés hors mariage fussent-ils décédés sont légitimés de plein droit par le mariage subséquent de leurs père et mère>>.

⁸⁰² COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle*, ob. cit. págs. 165-166, señalan que "ce libéralisme est surprenant si l'on songe que les reconnaissances posthumes sont pour le moins suspectes", lamentando que el legislador no haya juzgado útil extender al reconocimiento póstumo la condición exigida para la legitimación póstuma. HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, ob. cit., pág. 475, reconocen como motivos interesados de los reconocimientos tardíos o póstumos "obtenir une pension alimentaire, recueillir la succession de l'enfant ou réclamer une indemnité à la suite de son décès accidentel", motivos que no son tenidos en cuenta por el legislador. Y RASSAT, *La filiation et l'adoption*, ob. cit., pág. 51, explica que "la reconnaissance tardive d'un enfant par un parent qui s'est jusque-là désintéressé de lui ne s'explique que par l'intention sordide de lui réclamer une pension alimentaire ou de venir à sa succession. On peut donc regretter que le législateur contemporain n'ait pas au moins, comme le proposaient certains auteurs et la commission de réforme du Code civil, limité la possibilité de reconnaissance *post mortem* au cas où l'enfant reconnu laisserait des descendants qui écarteraient alors de la succession l'auteur de la reconnaissance".

⁸⁰³ Dice este artículo del Código civil italiano que <<Può anche aver luogo il riconoscimento del figlio premorto, in favore dei suoi discendenti legittimi e dei suoi figli naturali riconosciuti>>. FERRI, *Lezioni sulla filiazione*, ob. cit., pág. 160, especifica que si no existen descendientes el reconocimiento del hijo premuerto no podrá tener lugar.

⁸⁰⁴ FERRANDO, en *Trattato di Diritto Privato*, ob. cit., pág. 150, opina que no, pues el art. 255 no lo prevé, "e non sembra che vi siano ragioni sufficienti per superare la lettera della norma, anche in considerazione del fatto che tale riconoscimento produce soltanto effetti <<a favore>> dei discendenti". En cambio, CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., pág. 664, sostiene que los descendientes a favor de los cuales puede tener lugar el reconocimiento deben consentirlo, pues "se la nuova disposizione dell'art. 250 comma 2º, c. c. ha voluto che, per rispetto alla personalità e in generale all'interesse del figlio naturale, il riconoscimento non acquisti efficacia senza il suo assenso, si deve, a maggior ragione, ritenere che lo stesso rispetto la legge attribuisca alla personalità di coloro che, discendendo dal figlio naturale, sono meno strettamente legati a chi opera il riconoscimento". FERRI, *Lezioni sulla filiazione*, ob. cit., pág. 160, igual que CARRARO, sostiene que los descendientes mayores de dieciséis años deben consentir el reconocimiento, porque si el hijo debe consentirlo sería absurdo que no lo debiese consentir el nieto. Plantea más

El artículo 1.854 del Código civil portugués también admite que el reconocimiento del hijo pueda realizarse después de la muerte de éste⁸⁰⁵, completando la regla el artículo 1.856, según el cual este reconocimiento sólo produce efectos en favor de los descendientes del hijo⁸⁰⁶.

II SUPUESTOS DE HECHO A LOS QUE CABE APLICAR EL ARTICULO 126 C.C.

Queda claro, tras la lectura del artículo 126 C.c., que el reconocimiento efectuado cuando el hijo reconocido ya ha fallecido, necesita el consentimiento de sus descendientes para producir efecto. En torno a los dos elementos que componen la norma (situación de fallecimiento del hijo y consentimiento de los descendientes), pueden plantearse dos cuestiones acerca del ámbito de aplicación de la misma: en relación al primero, se puede estudiar si el fallecimiento del hijo debe ser anterior o puede ser también posterior al reconocimiento; y en relación al segundo, cabe plantearse, junto a la existencia de descendientes, la falta de ellos.

1. Fallecimiento del hijo y reconocimiento.

1. Irrelevancia del tiempo, anterior o posterior al fallecimiento, en que se otorga el

problemas, a juicio del autor, el consentimiento de los descendientes menores de esa edad: no se necesitará el consentimiento del ascendiente que haya reconocido antes (a semejanza de lo que exige el párrafo tercero del art. 250), pues el descendiente tendrá sus propios progenitores que tutelan sus intereses, pudiendo hipotizarse si es necesario entonces el consentimiento de éstos. Desarrolla esta hipótesis CARRARO, *ob. cit.*, pág. 665, aplicando los párrafos tercero y cuarto del art. 250: "è ovvio che allora il <<consenso>>, se si tratta di figli naturali del figlio premorto, dovrà essere dato eventualmente dal genitore superstite che abbia effettuato il riconoscimento; se si tratta di figli legittimi, dal genitore legittimo superstite. È altrettanto ovvio che, se i discendenti del figlio che non ha dichiarato l'assenso o i discendenti a favore dei quali avviene il riconoscimento sono minori di sedici anni e riconosciuti dal solo genitore del quale avviene il riconoscimento, quest'ultimo è immediatamente efficace, sulla base di quanto dispone l'art. 250, comma 2º, c. c."

⁸⁰⁵ DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, *ob. cit.*, pág. 120, comenta que el interés social e individual en establecer la paternidad y la idoneidad, como medio más rápido y económico, del reconocimiento son razones que justifican que no se establezcan restricciones temporales para efectuar el reconocimiento.

⁸⁰⁶ Dice DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, *ob. cit.*, págs. 124-125, que esta limitación de la eficacia del reconocimiento está destinada a evitar que el reconocimiento tardío, omitido cuando podía beneficiar al hijo, obedezca ahora a intereses egoístas del progenitor, como el interés de acceder a la herencia del hijo. Señala el autor que también es admisible el reconocimiento si el hijo no ha dejado descendientes, que será válido pero ineficaz.

reconocimiento.

Plantea dudas la extensión de lo preceptuado en el artículo 126 C.c. a los reconocimientos efectuados en vida del hijo pero que no llegan a ser eficaces por no reunir los requisitos exigidos. ¿La norma es de aplicación sólo a los reconocimientos otorgados cuando el hijo ya ha fallecido, o también a los reconocimientos que no han alcanzado eficacia en vida del mismo?⁸⁰⁷

En favor de la primera opción se pronuncia DE LA CÁMARA, argumentando que el artículo 126 C.c. habla del hijo <<ya>> fallecido, y que si el reconocimiento se efectúa antes de su fallecimiento no se puede presumir el ánimo egoísta de su autor, que es contra lo que reacciona el precepto al exigir el consentimiento de los descendientes del hijo⁸⁰⁸. Ya que el artículo 126 C.c. no sería aplicable en estos casos, mantiene el autor que el reconocimiento sería eficaz, para el hijo mayor de edad y capaz, si lo consienten sus herederos, y, para el hijo

⁸⁰⁷ Para el Derecho italiano, CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., pág. 665, sostiene que los descendientes del hijo están también legitimados para consentir el reconocimiento si aquél muere sin haberlo consentido. Como fundamento de su opinión cita el art. 270 del Codice civile, que dispone que si el hijo muere antes de haber iniciado la acción para la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad naturales, aquélla puede ser iniciada por sus descendientes dentro de los dos años siguientes al fallecimiento. Razona el autor que "non è coerente col sistema escludere che possa essere ottenuto mediante dichiarazione di assenso ciò che può essere ottenuto mediante intervento del giudice". Respecto al plazo de los dos años establecido en el art. 270, considera que en el caso del consentimiento al reconocimiento no es aplicable, "sia perché qui non si invoca l'applicazione dell'art. 270 c. c. nemmeno in via analogica, sia perché altra è la situazione di chi chiede un accertamento giudiziale della paternità o maternità ed altra è quella di chi intende rendere efficace un accertamento (privato) già avvenuto"

⁸⁰⁸ Dice concretamente DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 433-434, que la premoriencia del hijo debe referirse al otorgamiento del reconocimiento mismo porque "no parece que pueda hablarse del <<ya>> fallecido si el reconocido vive cuando el reconocimiento se otorga", y porque "el reconocimiento del hijo premuerto -si no deja descendientes- es inválido debido al supuesto egoísmo del reconocedor, quien reconoce para heredar al reconocido. Pero la finalidad egoísta del reconocimiento no puede presumirse si el reconocido está vivo cuando el reconocimiento se otorga". RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 121, considera que "la premoriencia del reconocido debe preceder, en principio, al reconocimiento mismo", si bien no parece decantarse abiertamente ni por esta solución ni por la que expondremos a continuación, limitándose a plantear el estado de la cuestión. El autor, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 478, considera que la posición de PEÑA, que veremos seguidamente, "puede parecer un poco excesiva", mientras que la de DE LA CÁMARA parece "más ceñida a los términos del art. 126"

menor o incapaz, si lo consiente el que era su representante legal o lo autoriza el Juez⁸⁰⁹.

La solución opuesta la sustenta PEÑA, aunque no la fundamenta⁸¹⁰. Y también la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de junio de 1981, según la cual "no importará en ningún caso que el hijo⁸¹¹, que consintió el reconocimiento, haya ya fallecido, pero si el reconocimiento no hubiera llegado a ser consentido por él o recayese después de su fallecimiento, <<sólo surtirá efecto si o consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales>> (art. 126 Cc)"⁸¹².

En nuestra opinión, lo establecido por el artículo 126 C.c. es aplicable siempre que se pretenda dar eficacia al reconocimiento de un hijo que ya ha fallecido, con independencia de cuándo se haya otorgado o cuándo se haya producido la muerte. Si el reconocimiento otorgado antes del fallecimiento del hijo todavía no ha sido eficaz, no ha determinado la filiación, habrá

⁸⁰⁹ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 434. Defiende la autorización judicial "si se estima que no se puede representar a un muerto"

⁸¹⁰ PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 932, afirma que el art. 126 "se refiere, creo, no sólo al reconocimiento que se otorga después de fallecido el reconocido, sino también al que se otorga antes, pero que aún no ha obtenido el consentimiento o aprobación complementarios". DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 263, parece que también están a favor de esta alternativa, pues consideran que la interpretación que ofrece la Dirección General de los Registros, que sigue esta tesis y veremos inmediatamente, "es aceptable como medida favorable a sus descendientes".

⁸¹¹ Se refiere la Circular al hijo mayor de edad, pero no hay razón para pensar que, en principio, no siga la misma doctrina si el fallecido era menor de edad.

⁸¹² BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 395-396, apunta que esta interpretación, favorable para los descendientes del hijo, "podría, sin embargo, encontrar algún serio obstáculo positivo en normas como los artículos 123 y 124 C.C. que exigen determinados complementos, ya vistos, para el reconocimiento hecho en vida del mayor de edad y del menor o incapaz. No parece muy coherente que, habiéndose negado o no consentido el reconocimiento en vida, pueda valer una vez fallecido el sujeto si consienten sus descendientes por sí o por sus representantes legales". Sin embargo, a renglón seguido, sostiene el autor que "puede ocurrir que el fallecimiento se produzca en el interin entre el reconocimiento y la eficacia del mismo (la falta de algunos complementos que exigen los artículos 121, 123, 124 y 125 C.C.). También aquí se precisará el consentimiento de los descendientes o sus representantes legales, pues el reconocimiento aún no es eficaz". Parece, pues, que BLASCO GASCÓ aplica un rasero distinto a los reconocimientos efectuados en vida del ya fallecido: si han sido rechazados por las personas legitimadas para consentirlos, es dudoso que se aplique el art. 126 C.c.; si, por el contrario, sobre ellos no se han podido pronunciar los interesados, serán eficaces si los consienten los descendientes del hijo.

que estar a las exigencias del artículo 126 C.c.⁸¹³. Esta interpretación entra también dentro del tenor literal del artículo, pues la expresión <<ya fallecido>> puede referirse no sólo al otorgamiento del reconocimiento sino en general a la producción de efectos del mismo.

Y así, cuando se lee <<el reconocimiento del ya fallecido>>, se puede pensar tanto en el reconocimiento de un hijo que en el momento de otorgarlo ya ha fallecido, como en cualquier reconocimiento de un hijo que en el momento de aplicar lo establecido por el artículo 126 C.c. ya ha fallecido. El precepto no especifica que la circunstancia del fallecimiento del hijo deba limitarse al otorgamiento del reconocimiento, pues habla en general de <<el reconocimiento>>, y si alguna especificación cabe deducir del resto de la norma, sólo puede ser la que se deriva de la producción de efectos del reconocimiento, que es lo que se trata de regular. Por tanto, creemos que en el sentido de <<el reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto>> entra cualquier supuesto de reconocimiento de hijo que en el momento en que puede surtir efecto ya ha fallecido, es decir, los reconocimientos efectuados cuando el hijo ya ha muerto y los reconocimientos efectuados en vida del hijo que todavía no han sido eficaces cuando fallece.

No se puede alegar en contra que, como no puede presumirse el ánimo egoísta en la persona que reconoce en vida del hijo, no se cumple en estos casos la finalidad perseguida por el artículo 126 C.c. al impedir los reconocimientos de hijos ya fallecidos que no han dejado descendencia, y por tanto no sería necesario el consentimiento de los descendientes del hijo

⁸¹³ Aunque PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 932, nota 30, y "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 65, nota 13, considera que el art. 126 será también de aplicación cuando el reconocimiento no haya alcanzado eficacia por haberse suspendido ésta a petición de la madre, no creemos que sea así, porque la suspensión, según interpretamos el art. 124, párrafo 2º, C.c. sólo cabe respecto de los reconocimientos otorgados dentro del plazo para inscribir el nacimiento, por lo tanto, respecto de reconocimientos de hijos que no tienen descendientes. Si se aplicase el art. 126 C.c., el reconocimiento paterno quedaría definitivamente ineficaz, al no concurrir el consentimiento de los descendientes, que no existen y nunca existirán, lo que sería contrario al espíritu de la Ley que trata de beneficiar a los progenitores diligentes. En estos casos, pensamos que seguirá siendo de aplicación el art. 124, párrafo 2º, pudiendo llegar a recobrar la eficacia el reconocimiento si recae la aprobación judicial prevista.

para la eficacia del reconocimiento. El razonamiento nos parece inexacto para defender que cualquier reconocimiento efectuado antes del fallecimiento del hijo queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 126 C.c., pues, a lo sumo, únicamente podría servir para los supuestos en que el hijo haya muerto sin descendientes.

Impedir o prohibir el reconocimiento de hijos fallecidos sin descendencia puede deberse al presumido egoísmo del reconocedor, a su presumido afán por convertirse en heredero legítimo del hijo a falta de descendientes, pero la exigencia, en concreto, del consentimiento de los descendientes del hijo para la eficacia de estos reconocimientos debe tener otra finalidad, que podemos adelantar es la protección del interés de los mismos como personas directamente implicadas en la relación de filiación, una vez fallecido el hijo. Si hay descendientes, ya no puede presumirse este ánimo egoísta en el autor del reconocimiento de un hijo fallecido, pues el padre no tendría derecho a una parte de la herencia del hijo⁸¹⁴, y, sin embargo, se exige el consentimiento de aquéllos. Por tanto, aunque no pueda presumirse tampoco el ánimo interesado en el autor del reconocimiento otorgado antes del fallecimiento del hijo, si éste tiene descendientes también será necesario su consentimiento para que surta efecto este reconocimiento, pues no hay razón para distinguir entre uno y otro caso: en ambos estamos ante un reconocimiento de hijo ya fallecido para cuya eficacia se exige el consentimiento de sus descendientes como medida de protección de sus intereses.

Y es que, como dice ALBALADEJO, "el reconocimiento se construye en el Derecho actual con una fuerte dosis de necesidad de ser admitido por quienes están interesados en el

⁸¹⁴ Los ascendientes sólo heredan en defecto de descendientes (cfr. art. 807.2º C.c. para las legítimas y art. 935 C.c. para la sucesión intestada), por lo que la intención del reconocedor, si existen estos descendientes, no puede ser la de suceder al hijo. Por ello no compartimos, al menos en su totalidad, la afirmación de BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 395, de que la sospecha de que "la finalidad empírica del reconocedor" sea convertirse en heredero del hijo reconocido, es absoluta si no hay descendientes, y relativa si los hay, "por lo que se exige el consentimiento de los posibles perjudicados: los descendientes"

mismo o por la autoridad judicial⁸¹⁵; no bastando, como regla general, la mera declaración de paternidad del reconocedor⁸¹⁶.

2. Posible distinción de los reconocimientos otorgados antes del fallecimiento del hijo sin descendencia.

Si el hijo fallecido no deja descendientes, sí que cabría quizá diferenciar entre el reconocimiento otorgado antes del fallecimiento del hijo, todavía ineficaz, y el reconocimiento otorgado cuando ya ha fallecido el hijo. Este último ya veremos que no se admite, pues se supone que con él el reconocedor sólo pretende heredar al hijo, pero dar la misma solución para el primero no es tan sencillo, ya que es verdad que no se puede presumir en este reconocimiento anterior a la muerte del hijo la razón invocada para defenderla, que es el interés en heredar al reconocido. Si se aplicase el artículo 126 C.c. en estos casos, el reconocimiento no podría llegar a ser eficaz por falta de descendientes que puedan prestar su consentimiento, pero si no resultase de aplicación, se podría quizá encontrar una vía de admisión para que pudiera determinar la filiación.

¿Hay razones para defender que el reconocimiento otorgado en vida del hijo pueda ser eficaz tras su muerte, aunque no haya descendientes que puedan prestar su consentimiento para ello? ¿Sería posible esta eficacia *post mortem* del reconocimiento con el consentimiento de determinadas personas? En principio, puede pensarse que, si se cumple la general necesidad, implícita en la Ley, de algún requisito complementario para la eficacia del reconocimiento de filiación, no hay razón para impedir que el reconocimiento efectuado antes de que el hijo

⁸¹⁵ *Curso de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 240.

⁸¹⁶ La única excepción a esta regla, el único reconocimiento que puede ser eficaz sin necesidad de ningún consentimiento, ya sea por activa o por pasiva, o aprobación, es el que se contiene en un testamento y es eficaz a la muerte de su autor, y ello porque así ha sido interpretada la regulación de este reconocimiento en el art. 124 C.c. por el art. 188 R.R.c. Ni siquiera el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento se libera de algún requisito complementario para desplegar una eficacia definitiva, como hemos visto al comentar el art. 124, párrafo 2º, C.c..

fallezca pueda ser eficaz con posterioridad a ese evento. El problema estriba en determinar qué requisito complementario sería el exigible, pues estamos ante un supuesto que, como no sea en el 126 C.c., no está contemplado en ninguno de los artículos dedicados al reconocimiento de filiación.

Si el hijo era mayor de edad y capaz en el momento del fallecimiento, puede pensarse que cabría dar eficacia al reconocimiento si sus herederos lo consienten. Admitir esta posibilidad supondría considerar el derecho a consentir el reconocimiento, que el artículo 123 C.c. otorga al hijo mayor de edad y capaz, transmisible *mortis causa*, a pesar de que se trata de un derecho personalísimo de naturaleza personal o familiar y que el artículo 123 no lo prevé expresamente. Por esto y porque los herederos suceden al hijo fallecido en sus relaciones patrimoniales, lo que no es la relación paterno o materno-filial, no creemos que sea defendible que puedan sucederle en una decisión tan personalísima como es consentir o no el reconocimiento, no consentido, por otra parte, por el propio hijo cuando pudo hacerlo.

¿Qué otras opciones quedan si no cabe el consentimiento de los herederos del hijo para la eficacia del reconocimiento otorgado antes de su fallecimiento? Creemos que ninguna, pues sólo es imaginable el consentimiento del otro progenitor, si lo hubiera, y éste no es tenido en consideración, como regla general⁸¹⁷, por nuestro ordenamiento para la determinación de la filiación no matrimonial.

En definitiva, sea o no aplicable el artículo 126 C.c., los reconocimientos de hijos mayores de edad efectuados antes de su fallecimiento sin descendencia, ineficaces en ese

⁸¹⁷ La única excepción quizá sea la facultad de suspensión que el párrafo segundo del art. 124 C.c. concede a la madre, pero las peculiaridades que presentan su ejercicio y su relación con el reconocimiento, nos hacen dudar del protagonismo de la madre, como tal, en la eficacia del reconocimiento paterno. De hecho, defendemos que la facultad de suspensión sólo la tiene la madre como representante legal del hijo.

momento, quedarán ya definitivamente ineficaces, debiendo acudir la persona interesada a otros medios legales para poder determinar la filiación.

Si el hijo era menor de edad o incapacitado en el momento del fallecimiento, cabe invocar la aplicación del artículo 124, párrafo primero, C.c. para que pueda ser eficaz el reconocimiento. Esta tesis no es tan insostenible como la que hemos rechazado para el supuesto de hijo mayor de edad. En contra, puede objetarse que el consentimiento del representante legal no sería admisible porque el hijo menor de edad o incapacitado no tiene representante legal, ni cabe extender su representación legal más allá de su muerte, pues expresamente se prevé que la patria potestad y la tutela se extinguen con el fallecimiento del hijo o del sometido a tutela (cfr. arts. 169.1º y 276.3º C.c.). Y respecto de la aprobación judicial se pueden hacer dos consideraciones: si se defiende que es siempre subsidiaria, no cabría en estos casos en que el que era representante legal del hijo no puede pronunciarse sobre la eficacia del reconocimiento; y aunque no se comulgue con esta subsidiariedad, la aprobación judicial no tiene sentido desde el momento en que el reconocimiento ya no puede reportar ningún interés para el reconocido, pues, desde nuestro punto de vista, lo que debe valorar el Juez es precisamente este interés.

Sin embargo, en favor de que el reconocimiento otorgado antes del fallecimiento del hijo menor o incapacitado pueda ser eficaz, una vez fallecido éste, con el consentimiento del que era su representante legal o con la aprobación judicial, cabría alegar que prestaría dicho consentimiento la misma persona legitimada para ello en caso de seguir vivo el hijo. Si la Ley admite que el consentimiento del hijo puede ser sustituido por el consentimiento de su representante legal o por la aprobación judicial cuando aquél vive, no sería contrario a la finalidad de la misma que, dicho representante legal o el Juez, presten el consentimiento o la

aprobación necesarios para la determinación de la filiación del hijo, cuando éste ya ha fallecido, en aquellos casos en que pueda resultar inaplicable el artículo 126 C.c. por faltar alguno de sus presupuestos, en concreto, el ánimo egoísta que puede presumirse en el reconocedor cuando reconoce a una persona sin descendencia. Este ánimo, como hemos indicado, no puede presumirse si el reconocimiento es anterior a la muerte del hijo, y no hay descendientes con cuya voluntad haya que contar para la determinación de la filiación del menor o incapacitado, por lo que queda sin fundamento la aplicación del artículo 126 C.c.

En cuanto a la posible objeción de que tanto el representante legal como el Juez deben dar el consentimiento o la aprobación sólo si el reconocimiento responde al interés del hijo, y ya ningún interés puede tener para el menor o incapacitado fallecido que su reconocimiento sea eficaz, podría atacarse haciendo notar que el derecho a tener determinada la filiación, como manifestación de la protección de la personalidad y dignidad de la persona⁸¹⁸, puede extenderse más allá de la muerte del hijo. Toda persona tiene derecho a ser identificada legalmente, aun después de fallecida, como descendiente de un hombre y una mujer, porque toda persona, por el solo hecho de existir, ha tenido que tener un padre y una madre biológicos, y este derecho es lo que puede protegerse por el que era representante legal del menor o incapacitado ya fallecido o por el Juez.

2. Existencia o falta de descendientes.

1. Inclusión de ambos supuestos en el artículo 126 C.c.

El reconocimiento de un hijo, posterior a su fallecimiento, cuando no ha dejado descendencia se ha tratado siempre con prevención, negándose su admisión, por considerarlo

⁸¹⁸ La doctrina más reciente y avanzada, citada por QUESADA GONZÁLEZ, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", ob. cit., pág. 245, nota 38, así lo entiende. La autora, en particular, escribe que "el derecho a conocer la verdadera filiación -y a que ésta se determine jurídicamente (requisito imprescindible para poder exigir a los padres el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos), cuando proceda- está tan ceñido a la persona que, abstractamente considerado, creo que debiera ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad" (ob. cit., pág. 245).

interesado o egoísta: el reconocedor no parece que persiga otra finalidad que la de convertirse en heredero forzoso del hijo premuerto. Tras la reforma de la filiación, considera algún autor que, a pesar de la regla establecida en el artículo 126 C.c., "subsiste la dificultad que se planteaba antes de la reforma, para el caso de no existir descendientes"⁸¹⁹.

Pensamos que tal dificultad no se da, pues el artículo 126 C.c. se refiere tanto al reconocimiento del hijo ya fallecido que tiene descendientes como al del hijo que muere sin descendientes⁸²⁰. A lo que se dedica el precepto es a la eficacia del reconocimiento de un hijo ya fallecido, con independencia de si tiene descendientes o no. Y lo que exige es el consentimiento de los descendientes para que el reconocimiento surta efecto, para que determine la filiación, de modo que si no se presta este consentimiento, por no querer o no existir estos descendientes, el reconocimiento no tendrá eficacia. La falta de descendientes provocará que el reconocimiento no surtirá efecto porque nunca va a poder recaer el consentimiento exigido, mientras que si sí existen, el reconocimiento podrá surtir efecto si recae ese consentimiento.

Por otra parte, la rotundidad, a diferencia de otros preceptos (cf. arts. 123 o 124 C.c.), con la que se expresa el legislador, al prever que <<sólo>> con el consentimiento de los descendientes surtirá efecto el reconocimiento, únicamente puede significar que se pretende recalcar que en ningún caso, es decir, ya haya o no descendientes, puede ser eficaz el

⁸¹⁹ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, ob. cit., pág. 366.

⁸²⁰ Aunque no nos plantea ninguna duda que en el tenor literal del art. 126 C.c. se incluyen estos dos posibles supuestos de hecho (fallecimiento del hijo con o sin descendientes), quizá la intención del legislador fuese más patente, como señalan DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit. pág. 433, y RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 121, en el borrador elaborado por la Comisión General de Codificación, en el que se decía que <<El reconocimiento de una persona fallecida con anterioridad a su otorgamiento sólo dejará establecida la filiación si el reconocido hubiese dejado hijos o descendientes y unos u otros lo consintieron>>.

reconocimiento del hijo fallecido sin ese consentimiento⁸²¹.

La Dirección General de los Registros, en la Resolución de 6 de octubre de 1989⁸²², sigue esta línea de interpretación al mantener que el precepto contenido en el artículo 126 C.c. "impone claramente para la eficacia del reconocimiento en tales casos la existencia de descendientes del reconocido, que son los llamados a prestar su consentimiento al acto". Se trataba en la Resolución de un reconocimiento bilateral y simultáneo, otorgado a los dos años del nacimiento de la hija, de una niña fallecida a los tres días de nacer. En base a la doctrina anterior y a estos hechos, consideró el Centro Directivo que "el reconocimiento de la filiación es ineficaz y, por ende, no inscribible. Tal reconocimiento no lleva consigo la determinación legal de la filiación, sin perjuicio de que ésta pueda lograrse por alguna otra de las formas, distintas del reconocimiento voluntario, recogidas en los números 2º y 3º del artículo 120 del Código. El reconocimiento voluntario de una persona fallecida ha sido siempre visto con prevención en cuanto que su principal efecto práctico era muchas veces el de heredar al difunto y ello explica la solución tajante del actual artículo 126".

Esta regla general prohibitiva de la eficacia de los reconocimientos de hijos fallecidos sin descendencia puede quebrarse, no obstante, en dos supuestos que, por su especialidad, merecen distinta consideración. Nos referimos a los reconocimientos testamentarios que pueden ser eficaces a la muerte de su autor⁸²³, por no haber alcanzado en vida del mismo los requisitos necesarios, y a los reconocimientos de hijos menores de edad efectuados dentro del plazo para

⁸²¹ A juicio de BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 395, el hecho de que no se pueda reconocer al hijo fallecido sin descendientes explica "que el art. 126 C.C. no prevea la posibilidad de acudir a la aprobación judicial como permite en el art. 124 C.C."

⁸²² RJA 1989, 7047.

⁸²³ Si el hijo reconocido tiene descendientes, sea cual sea la forma elegida para reconocer, éstos o sus representantes legales deben consentir el reconocimiento para que pueda quedar determinada la filiación del fallecido. En el mismo sentido se pronuncia CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 163.

practicar la inscripción de nacimiento.

2. Reconocimiento en testamento eficaz a la muerte del reconocedor.

Contra el razonamiento seguido para negar la posibilidad de los reconocimientos del hijo fallecido sin descendencia, visto en el epígrafe anterior, se ha opuesto el principio de la verdad biológica. Así, DE LA CÁMARA habla de dos tendencias o criterios, presentes en el Derecho comparado: el criterio, que podemos llamar, de la desconfianza, antes señalado, y el criterio de la veracidad biológica. "Esos reconocimientos han sido siempre vistos con desconfianza porque se piensa que su autor lo hace con fines egoístas, en particular si determinada la filiación pretende heredar al hijo como heredero forzoso o <<abintestato>>". Frente a este criterio, puede adelantarse otro. Si en definitiva debe primar el principio de veracidad biológica no hay razón para negar que el vínculo paterno filial pueda establecerse después de morir el hijo, con tal de que la paternidad o maternidad sean reales"⁸²⁴.

Algún autor ha partido precisamente de este principio de verdad biológica para admitir la eficacia del reconocimiento del hijo ya fallecido sin descendientes, con independencia del ánimo del reconocedor⁸²⁵, y en particular del reconocimiento contenido en testamento, ya que, partiendo de que sólo puede ser eficaz tras la muerte del testador, no puede presumirse la intención del reconocedor de proclamarse heredero abintestato o forzoso del reconocido, razón única, se dice, aducida para negar validez al reconocimiento de un hijo premuerto⁸²⁶.

⁸²⁴ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., págs. 430-431.

⁸²⁵ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 162, llega a la conclusión de que "ciertamente, el hecho de que el progenitor pretenda heredar al hijo no debe impedir que la filiación se determine. Impidiendo que al progenitor se le concedan derechos sucesorios el problema queda solucionado. Subrayemos, por tanto, que son dos cuestiones distintas, la determinación legal de la filiación, y las cuestiones hereditarias"

⁸²⁶ CAÑIZARES, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ob. cit., pág. 161, recalcando más adelante la idea: "el progenitor que reconoce en su testamento no puede pretender heredar al hijo premuerto puesto que en cualquier caso no le va a suceder, ya que cuando el reconocimiento sea eficaz el testador ha muerto" (*ob. cit.*, pág. 163). A juicio de la autora, si el reconocimiento se otorga en otro documento público la

Cabe hacer, no obstante, algunas objeciones a esta tesis. En primer lugar, la eficacia del reconocimiento testamentario, como hemos visto, es un tema muy discutido, por lo que basar la validez del reconocimiento del hijo ya fallecido, cuando no deja descendientes, en la eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario es, cuando menos, igualmente discutible. Particularmente, nosotros defendemos que el reconocimiento en testamento puede ser eficaz tanto en vida del reconocedor, si recaen los consentimientos o aprobaciones necesarios, como después de su muerte, por lo que matizaríamos que por lo que podría abogarse es por la eficacia del reconocimiento en testamento del hijo ya fallecido cuando el reconocedor, a su vez, también haya fallecido. De acuerdo con nuestro esquema, nos encontraríamos ante un supuesto de reconocimiento en testamento que no ha podido determinar la filiación en vida de su autor por carecer del consentimiento exigido para ello -el de los descendientes del hijo, que no existen-.

En segundo lugar, es cierto que el principio de la verdad biológica inspira todo el régimen de la filiación, pero no es menos cierto que sólo se cumple efectivamente este principio cuando se declara judicialmente la filiación en base a la realización de pruebas biológicas que demuestren científicamente dicha filiación (fundamentalmente la paterna). Estamos de acuerdo en que debe quedar determinada la filiación real con independencia del interés que pueda tener el padre en ello, pero el reconocimiento no garantiza que coincidan filiación real y filiación legalmente determinada: no se puede extraer del principio de la veracidad biológica la validez del reconocimiento de hijos ya fallecidos aunque no tengan descendientes, porque este principio no puede verificarse en un reconocimiento de filiación.

solución sería distinta, aunque "se debe partir del principio general antes enunciado, esto es, el principio de la veracidad biológica. Si la paternidad o maternidad son reales la filiación debe quedar determinada", hallándonos "ante el supuesto recogido por el artículo 756.1 [incapacidad para suceder por causa de indignidad] en el caso en que el ánimo del sujeto que reconoce sea únicamente heredar al hijo" (*ob. cit.*, pág. 162).

Por último, no sólo la desconfianza hacia los reconocimientos de hijos premuertos ha movido al legislador a exigir, para la eficacia de estos reconocimientos, el consentimiento de los descendientes del hijo. Le ha movido, además, la intención de que los que se verán directamente afectados, una vez fallecido el reconocido, por la determinación de la filiación intervengan, junto al reconocedor, en dicha determinación, prestando su consentimiento al reconocimiento. Y por aquí, precisamente, es por donde podría venir la defensa de la eficacia del reconocimiento testamentario una vez fallecido su autor, siempre, por supuesto, que no haya dejado el reconocido descendientes. Si faltan los dos pilares en los que se fundamenta la regla del artículo 126 C.c., a saber, la necesidad de evitar el beneficio buscado egoístamente por el reconocedor, que ya no puede producirse por el fallecimiento del mismo, y el respeto a la voluntad los descendientes, que no existen, podría considerarse inaplicable dicha regla, que conlleva en todo caso la ineficacia del reconocimiento si los descendientes, por no querer o no existir, no prestan su consentimiento.

De admitirse esta tesis, habría que concluir lógicamente, pues tampoco tendría fundamento la aplicación del artículo 126 C.c., que cualquier reconocimiento, con independencia de la forma utilizada, podría ser eficaz una vez muertos reconocedor y reconocido si éste no tiene descendientes. Pero esta posibilidad no está contemplada en ninguno de los preceptos que regulan la eficacia del reconocimiento en el Código civil, de los que se puede inferir el principio de necesidad de alguna declaración complementaria para que el reconocimiento pueda determinar la filiación. La excepción a este principio que supone dar eficacia a cualquier reconocimiento habiendo fallecido tanto su autor como el sujeto reconocido, éste último sin descendencia, debería estar expresamente contenida en la Ley, pero no lo está.

En conclusión, aunque pueda resultar que el supuesto contemplado en el párrafo

anterior no entra dentro de la norma contenida en el artículo 126 C.c., admitir la eficacia de estos reconocimientos sin necesidad de ningún requisito complementario contraría el espíritu general de la regulación legal del reconocimiento, por lo que debe ser rechazada a falta de mención expresa.

3. Fallecimiento del hijo dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento.

Al hilo de la ineficacia definitiva de los reconocimientos de hijos fallecidos sin descendencia, cabe plantear el supuesto de los reconocimientos de hijos que fallecen a los pocos días del nacimiento, para ser más concretos, dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, y que también son reconocidos dentro de ese plazo. Distinguimos este supuesto de cualquier otro reconocimiento de hijo fallecido sin descendencia, porque puede haber razones que justifiquen un tratamiento diferenciado del general al que nos hemos referido anteriormente.

Así parece entenderlo la Dirección General de los Registros, que, aunque no aborda directamente el supuesto planteado, apunta en la ya citada Resolución de 6 de octubre de 1989 la no aplicabilidad del artículo 126 C.c. al mismo. Dice exactamente que "claro está que quedan fuera de su campo de acción hipótesis distintas, como cuando el reconocimiento ya ha sido solemnizado antes de la defunción y se han cumplido todos sus requisitos complementarios, o cuando, dentro de plazo, confluyen simultáneamente las declaraciones de nacimiento y defunción".

Si no es de aplicación el artículo 126 C.c., es decir, si no es ineficaz el reconocimiento dentro del plazo para inscribir el nacimiento de una persona fallecida, también dentro de ese plazo, ¿cuál sería el precepto a aplicar? Parece que el contenido en el segundo párrafo del artículo 124 C.c., que es el que regula la hipótesis distinta a la que alude la Resolución de "cuando, dentro de plazo, confluyen simultáneamente las declaraciones de nacimiento y

defunción".

Antes de analizar esta posibilidad que abre la Dirección General de los Registros, queremos mencionar la opinión en contra de PEÑA, quien, a la pregunta de si en algún caso el reconocimiento de un hijo fallecido sin descendencia puede valer como título de determinación legal de la filiación, contesta que "la Ley no prevé ningún otro remedio. Ni siquiera para casos frecuentes y llamativos que parecen exigir otra solución práctica: los casos de reconocimientos de filiación otorgados al tiempo de inscribir el nacimiento. No parece entenderlo así la Dirección General, pues la R. de 6 de octubre de 1989 parece hacer excepción -vale como título de determinación legal de la filiación- con el reconocimiento formulado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento del infante difunto. Nos parece, sin embargo, que esta excepción contraría el tenor del artículo 126 Cc y, además, es una excepción peligrosa en los casos en que por la filiación reconocida hubiera de decidirse un conflicto sobre quiénes son los llamados a la herencia del nacido"⁸²⁷.

Como señala PEÑA, la solución que deja entrever la Resolución de 6 de octubre de 1989 no es conforme con el tenor literal del artículo 126, pues éste no establece ninguna excepción, todo lo contrario si nos atenemos a la utilización del adverbio <<sólo>>, a la necesidad del consentimiento de los descendientes del hijo fallecido para que su reconocimiento surta efecto. En consecuencia, si no es posible este consentimiento, porque no existen descendientes que puedan prestarlo, el reconocimiento no podría en ningún caso surtir efecto, no podrá determinar la filiación.

⁸²⁷ "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 66. Previamente, PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 933, ya había mantenido que "la Ley no prevé ningún otro remedio, de no existir descendientes, para que el simple reconocimiento del ya fallecido tenga el efecto de valer como título de determinación legal de la filiación. Y como se trata de un efecto, éste, que, según vimos, es exorbitante para la declaración de voluntad de un particular, no cabe concluir, al faltar texto legal expreso, que el reconocimiento pueda valer, entonces, como título de determinación legal"

Ahora bien, hay razones que permiten intentar, al menos, ofrecer otra alternativa para los reconocimientos de hijos fallecidos, obviamente sin descendencia, efectuados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento.

Para empezar, los reconocimientos de menores de edad que se otorgan dentro de ese plazo, regulados en el párrafo segundo del artículo 124 C.c., son, según hemos mantenido, eficaces automáticamente, sin necesidad de ningún requisito complementario. Esta circunstancia los diferencia de cualquier otro reconocimiento que se otorgue con posterioridad, que sí necesitará la concurrencia de algún consentimiento o de la aprobación judicial⁸²⁸: cuando se reconoce a un hijo vivo, se necesita su consentimiento si es mayor de edad y capaz, o el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial si es menor o incapacitado; cuando se reconoce a un hijo ya fallecido, se necesita el consentimiento de sus descendientes. Aunque el artículo 126 C.c. no distingue si el reconocimiento se hace dentro del plazo para inscribir el nacimiento o con posterioridad, pudiera pensarse que la necesidad de consentimiento complementario cuando el hijo ha fallecido se corresponde con la necesidad de consentimiento o aprobación cuando el hijo vive, de manera que si en algún caso no se exige ese consentimiento o aprobación en vida del hijo, tampoco se exigirá si ha fallecido.

Este caso es precisamente el del reconocimiento del hijo dentro del plazo para inscribir el nacimiento⁸²⁹. El ordenamiento da un plazo, inmediatamente posterior al nacimiento, al

⁸²⁸ Salvo el reconocimiento testamentario que sea eficaz a la muerte del reconocedor, a tenor de lo establecido en el primer párrafo del art. 188 R.R.c.

⁸²⁹ Como hemos señalado en la nota anterior, otro caso en el que tampoco se exige ningún requisito complementario es el del reconocimiento testamentario eficaz tras la muerte del reconocedor, y al que, por tanto, se podría aplicar el razonamiento anterior. Sin embargo, en este caso sí nos podemos encontrar con que el hijo reconocido tenga descendientes, supuesto para el que no ofrece dudas la aplicación del art. 126 C.c., y la protección que les dispensa dicho precepto, exigiendo su consentimiento para que el reconocimiento surta efecto, pesa más que cualquier otra consideración. Aunque podría ser defendible que, si el hijo reconocido en testamento no deja descendientes, su filiación quedará determinada aun cuando no cuente, lógicamente, con el consentimiento de éstos, las repercusiones en materia sucesoria nos harían desistir de esta solución. El reconocedor, a falta de descendientes, no sería heredero legítimo, pues ya ha fallecido, pero puede haber otros ascendientes que sí lo serían (art. 807.2º C.c.), con lo que la voluntad testamentaria del hijo podría verse afectada

progenitor para que reconozca a su hijo, premiándole con la eficacia automática de su reconocimiento, sin necesitar ningún requisito complementario, si lo hace en ese plazo. Si el hijo fallece antes de que el progenitor pueda hacer efectivo este beneficio legal, no se respetaría el espíritu de la Ley si el reconocimiento, efectuado todavía dentro de plazo, del hijo ya fallecido no pudiese ser eficaz en ningún caso por la ausencia de descendientes. A pesar de reconocer, en ambos casos, dentro del plazo que el legislador considera de tal trascendencia como para apartarse del modelo general establecido para la eficacia del reconocimiento, basado en la activa concurrencia de otros consentimientos o aprobaciones, en uno se premiaría al autor del reconocimiento con la eficacia inmediata de éste, y en el otro se le "castigaría" con la ineficacia definitiva⁸³⁰

Es, además, ilógico que se resuelvan de forma tan opuesta dos situaciones tan semejantes: si el hijo fallece, por ejemplo, al cuarto día de nacer, el reconocimiento que se haya otorgado el tercer día será eficaz, porque el hijo todavía estaba vivo, pero si se otorga el quinto día, será ineficaz⁸³¹.

Por otra parte, si la filiación materna se determina por el trámite del artículo 120.4º C.c., por tanto dentro del plazo para inscribir el nacimiento, no se distingue si el hijo ha fallecido o no: la filiación materna quedará en todo caso determinada siempre que en la

por la preterición de estos herederos forzosos. Igualmente, si se hubiese abierto la sucesión intestada del hijo, los llamados a sucederle podrían cambiar, pues los ascendientes heredan en defecto de descendientes, con preferencia, por ejemplo, al cónyuge viudo (arts. 935 y 944 C.c.).

⁸³⁰ Quizá podría tener alguna relevancia en estos casos la consideración de que el reconocimiento del hijo fallecido sin descendientes es válido, pero ineficaz. El consentimiento de los descendientes se exige para la eficacia del reconocimiento, pero si éste, siendo válido, se otorga dentro de plazo, la eficacia la adquiere automáticamente, sin necesidad de ningún requisito complementario.

⁸³¹ Se puede oponer a este razonamiento que no se cumple, en el caso del reconocimiento del ya fallecido efectuado dentro de plazo, la finalidad perseguida por el art. 124, párrafo 2º, C.c., que es favorecer al reconocedor que asume diligentemente sus obligaciones como progenitor. Si el hijo ya ha fallecido, el reconocedor no asume ninguna obligación, por lo que su diligencia no tiene ningún mérito, y no tiene por qué ser compensada con la eficacia inmediata de su reconocimiento.

declaración de nacimiento coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (art. 47, párrafo 1º, L.R.c.). Si el reconocimiento se hace dentro de ese plazo, parece consecuente que la filiación paterna pueda quedar también determinada aunque el hijo ya haya fallecido.

Paralelamente a la no exigencia de ningún consentimiento complementario para que la filiación materna quede determinada dentro del plazo para inscribir el nacimiento, el artículo 124, párrafo segundo, C.c. exonera al reconocimiento otorgado dentro de ese plazo de cualquier requisito complementario previo para determinar la filiación. De igual forma, se puede mantener que si, en la determinación de la filiación materna dentro de plazo, no se distingue entre hijo vivo o hijo fallecido, tampoco habrá que distinguir, en la determinación de la filiación por reconocimiento otorgado dentro de plazo, entre hijo vivo e hijo fallecido.

Los dos argumentos anteriores, atinentes, el primero, a la eficacia de los reconocimientos efectuados dentro del plazo para inscribir el nacimiento y, el segundo, a la paridad entre determinación de la filiación materna dentro de plazo y determinación de la filiación en virtud de un reconocimiento, creemos que pueden fundamentar la eficacia de los reconocimientos de hijos ya fallecidos otorgados dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, en contra del tenor del artículo 126 C.c., que exige sin excepción el consentimiento de los descendientes del hijo.

Y nos parece razonable esta eficacia porque no está claro que se pueda presumir el ánimo exclusivo de heredar al hijo en el reconocedor, que es lo que básicamente se tiene en cuenta para impedir los reconocimientos de hijos fallecidos sin descendencia. Parece bastante evidente este interés egoísta si el presunto progenitor ha esperado al fallecimiento del hijo para reconocerlo, incumpliendo todos sus deberes paterno-filiales, pero no se puede presumir este interés si no ha tenido la posibilidad de cumplir esos deberes y ha reconocido con prontitud

a su hijo. Además, nos encontramos con un supuesto de inexistencia de descendientes, con cuyo consentimiento, caso de existir, en todo caso habría que contar, todo lo cual provoca que decaiga el fundamento de la aplicación del artículo 126 C.c. Ante esta laguna legal, damos a estos reconocimientos de hijos fallecidos otorgados dentro del plazo para inscribir el nacimiento la solución prevista en el artículo 124, párrafo segundo, C.c. para los mismos cuando el hijo vive, aunque somos conscientes de que, por ser de aplicación alternativa los artículos 124 (o 123) y 126 C.c., no entran dentro de su literalidad. No obstante, la inadecuación del artículo 126 C.c. para resolver estos supuestos, y en consecuencia la necesidad de ofrecer una salida lógica al problema que plantean, nos lleva a extender el ámbito de aplicación del artículo 124 C.c. por la similitud de los supuestos de hecho.

Ya que seguimos la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 124 C.c. para los reconocimientos de hijos menores de edad, lo que procede preguntarse a continuación es si también operará en el caso que estamos estudiando la facultad de suspensión concedida a la madre. A pesar de que, estudiando este precepto, defendemos que la madre sólo puede pedir la suspensión como representante legal del menor, y si el hijo ya ha fallecido la madre no será su representante legal, pensamos que la madre que, en caso de vivir el hijo, tuviese su representación legal seguirá conservando la facultad de suspender la eficacia de estos reconocimientos de hijos ya fallecidos. Las razones que hemos invocado para defender que el que fue representante legal del hijo menor o incapacitado, fallecido sin descendencia, pueda consentir el reconocimiento otorgado con anterioridad a su muerte, pueden trasladarse aquí para sustentar esta ficción.

La necesidad de que la eficacia de un reconocimiento de hijo fallecido sin descendientes pueda ser suspendida es evidente. Esa eficacia se ha conseguido sin ningún

requisito añadido a la declaración de voluntad del reconocedor, subsistiendo la desconfianza hacia este tipo de reconocimientos por lo que puedan tener de interesados, a pesar de no presumirse un móvil inconfesable en su autor. Si la eficacia alcanzada por un reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, asumiendo su autor sus responsabilidades como padre, es sólo provisional, con mayor razón lo será la eficacia de un reconocimiento de hijo ya fallecido, en cuyo caso ya no hay responsabilidades que asumir. Y si ya supone una excepción a lo establecido por el artículo 126 C.c. la concesión de eficacia a estos reconocimientos de hijos fallecidos, no se puede excepcionar todavía más el supuesto dándoles una eficacia definitiva sin intervención de otras personas.

Como la eficacia que alcanzan estos reconocimientos es la misma que la de cualquier reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, nos parece lógico entender que la intervención exigible para que alcancen eficacia definitiva sea la de la madre, ejercitando o no la facultad de suspensión prevista en el artículo 124, párrafo segundo, C.c. No se plantearán problemas hereditarios en este caso, pues si la madre no suspende la inscripción es porque estará de acuerdo con el derecho del reconocedor a heredar, y si lo suspende no accederá el reconocedor a la herencia porque su filiación no estará determinada, salvo que recaiga la aprobación judicial también prevista en este párrafo segundo del artículo 124 C.c., a la que, entendemos, podrá acudir el reconocedor. Todo el régimen previsto en el precepto se extendería, pues, al reconocimiento de hijo fallecido efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, si bien el Juez deberá ser muy precavido a la hora de conceder la aprobación, pues evidentemente la oposición de la madre a este concreto reconocimiento puede indicar que los intereses de su autor no son legítimos.

Se puede objetar que si la filiación materna no está determinada, el reconocimiento será definitivamente eficaz porque no hay persona que pueda suspender su eficacia. Pero esto

tampoco planteará, en palabras de PEÑA, "un conflicto sobre quiénes son los llamados a la herencia del nacido"⁸³², porque no habrá ascendientes ni otros parientes que pueden heredar *ab intestato* al hijo fallecido: si no se sabe quién es la madre, tampoco se puede saber quiénes son sus padres (ascendientes del fallecido) o sus hijos (hermanos del fallecido). ¿Qué problema hay entonces en admitir que el reconocimiento efectuado en inmediación temporal con el nacimiento pueda determinar la filiación del hijo ya fallecido? No hay parientes a los que pueda perjudicar esta filiación, cuya protección justifique la ineficacia del reconocimiento. Y entre la protección al Estado, heredero en defecto de los parientes con derecho a heredar (art. 956 C.c.), o la protección al progenitor que reconoce, nos quedamos con ésta última, es decir, a favor de la determinación de la filiación en virtud del reconocimiento con la posibilidad de impugnación que concede el artículo 140 C.c.⁸³³.

4. El consentimiento de los descendientes no es requisito de validez del reconocimiento cuando aquéllos faltan.

El consentimiento de los descendientes del hijo fallecido es, pues, requisito de eficacia del reconocimiento, pero ¿la existencia de los mismos es incluso requisito de validez del reconocimiento? Es lo que mantiene gran parte de la doctrina⁸³⁴, aunque no le vemos ninguna

⁸³² "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 66.

⁸³³ Si se considera que el interés del Estado es preferente, o en los casos en que la representación legal no hubiese correspondido a la madre (situación que sí plantearía problemas sucesorios), se podría concluir que, debido a la excepcionalidad del supuesto, en el caso de inexistencia de filiación materna determinada o de que la madre no hubiese sido la representante legal del hijo, al no poder ejercitarse la facultad de suspensión, tampoco sería admisible la eficacia automática del reconocimiento. Con ello se salva para el resto de los supuestos de reconocimientos de hijos ya fallecidos, efectuados dentro de plazo, la aplicación del art. 124, párrafo 2º, C.c.

⁸³⁴ Dice DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 432, que "precisamente porque sólo los descendientes son quienes pueden aceptar el reconocimiento (por sí o por sus representantes legales) de modo que, si la aceptación no concurre, el reconocimiento no surte efecto, se está proclamando, implícitamente, que sólo si existen descendientes del reconocedor el reconocimiento es eficaz. La validez -que no sólo la eficacia- del reconocimiento viene, pues, a depender de que el reconocido haya dejado descendencia". RIVERO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 121, participa de esta opinión señalando que "aunque a primera vista pueda suponer una desviación del valor que los consentimientos tienen

relevancia práctica añadida a la que se deriva de la consideración del consentimiento de los descendientes del hijo fallecido como requisito de eficacia del reconocimiento. Si se mantiene que el reconocimiento de un hijo fallecido no es posible o, lo que es lo mismo, no es válido si no hay descendientes, concluiremos que la filiación no puede quedar determinada en virtud del reconocimiento. Y si se mantiene que el reconocimiento es válido, pero que no puede llegar a ser eficaz porque nunca va a recaer el consentimiento de los descendientes, al no existir éstos, concluiremos igualmente que la filiación no puede quedar determinada en virtud del reconocimiento. Por tanto, ya se mantenga que, por la falta de descendientes del hijo fallecido, el reconocimiento no es válido o que no es eficaz, resultará que no servirá como título de determinación legal de la filiación⁸³⁵, pues para ello debe ser válido y eficaz.

Además, pensamos que las circunstancias ajenas al autor del reconocimiento, que inciden en la determinación legal de la filiación a través de este título, afectan a la eficacia, y no a la validez, del reconocimiento. La existencia o no de descendientes es algo que no depende del reconocedor, por lo tanto no debería influir en la validez del acto, sino en su eficacia.

en los arts. 123 y 124 (mero requisito de eficacia), parece que es esa la línea o inteligencia correcta en vista de la enérgica expresión legal <<sólo surtirá efecto...>>, conjugada con la del art. 119-2º (sobre todo el <<en su caso>>, que no tendría sentido de otra forma) y ciertos precedentes jurisprudenciales y trabajos prelegislativos" SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., págs. 269-270, después de considerar acertada la interpretación de los autores que mantienen "que el reconocimiento del hijo fallecido sólo es posible cuando existen descendientes", añade que "así, para impedir que el progenitor que reconoce adquiera ventajas con el reconocimiento del hijo fallecido, éste queda limitado a los casos en que con él se favorezca a sus descendientes" BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit. pág. 395, sostiene que "es requisito *sine qua non* que el fallecido tenga descendientes", pues "si no los tiene no se le podrá reconocer", y "en este sentido, podría decirse que si no hay descendientes el reconocimiento es inválido. En cambio, si hay descendientes, pero no lo consienten expresa o tácitamente, el reconocimiento será ineficaz" Y GARCÍA ZARANDIETA, "La filiación y el Registro Civil", ob. cit., pág. 16, señala que "la misma redacción del Código excluye la validez del reconocimiento del hijo fallecido sin descendientes"

⁸³⁵ Es la conclusión a la que llega PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 933, sin hacer alusión a la falta de validez del reconocimiento por la inexistencia de descendientes: "La Ley no prevé ningún otro remedio, de no existir descendientes, para que el simple reconocimiento del ya fallecido tenga el efecto de valer como título de determinación legal de la filiación. Y como se trata de un efecto, éste, que, según vimos, es exorbitante para la declaración de voluntad de un particular, no cabe concluir, al faltar texto legal expreso, que el reconocimiento pueda valer, entonces, como título de determinación legal"

Nos quedamos, por tanto, con la tesis de que el reconocimiento del hijo ya fallecido, haya o no descendientes, es válido. No se puede impedir, sin norma expresa al efecto, que la persona que se crea padre o madre de otra reconozca esta filiación, siendo relevante la existencia o no, y el consentimiento, de los descendientes del reconocido únicamente para la eficacia del acto. Si no hay descendientes, sencillamente no llegará a ser eficaz el reconocimiento por la falta del consentimiento exigido para ello⁸³⁶.

En cualquier caso, lo que es evidente es que el reconocimiento de un hijo fallecido sin descendencia no va a determinar la filiación, ya que a la voluntad del reconocedor no se le une ninguna otra voluntad acorde con el reconocimiento. Esta solución, prevista expresamente, según hemos razonado, por el artículo 126 C.c., responde a la prevención con la que el ordenamiento contempla los reconocimientos de hijos ya fallecidos, y no cabe duda que es la que pretendía establecer⁸³⁷, de acuerdo con la regla general de no admitir que por la sola voluntad del reconocedor quede determinada la filiación.

III RÉGIMEN DE EFICACIA DE LOS RECONOCIMIENTOS DE HIJOS YA FALLECIDOS

El artículo 126 C.c. exige el consentimiento, por sí o por sus representantes legales, de los descendientes del hijo fallecido para que el reconocimiento surta efecto. Este requisito

⁸³⁶ El razonamiento que seguimos es similar al que hacía ALBALADEJO, "Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural", ob. cit., pág. 559, en torno al antiguo art. 124 C.c. y a la validez o no del reconocimiento del hijo fallecido sin descendientes. En dicho artículo se establecía que la legitimación del fallecido aprovechará a sus descendientes, y decía ALBALADEJO que "esto, aplicado al reconocimiento, no encierra prohibición de reconocer si faltan los descendientes. Lo único que pasará es que no podrá aprovecharles por la sencilla razón de que no existen"

⁸³⁷ Durante la discusión en el Congreso de un voto particular y una enmienda que pretendían incluir en el art. 126, además de a los descendientes, a otras personas (ascendientes, cónyuge viudo, el otro progenitor, autoridad judicial), se advierte claramente la intención del legislador en las palabras con las que el Sr. Vázquez Guillén defendió el texto del Proyecto del Gobierno (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 495), texto que es el del actual art. 126: "El permitir un reconocimiento <<post mortem>>, tal como se pretende en ambas enmiendas, es totalmente peligroso y *solamente se justifica este reconocimiento <<post mortem>> en el supuesto de la existencia de descendientes*" (el subrayado es nuestro).

complementario plantea numerosos problemas de interpretación, como veremos a continuación.

1. Eficacia e inscripción del reconocimiento.

El Código civil utiliza, por lo que se refiere a la eficacia del reconocimiento, distintas expresiones para referirse a lo mismo. En el artículo 123 habla de producción de efectos, en el 124 de eficacia, y en el 126 para que surta efecto el reconocimiento. En todos ellos se trata de regular la eficacia del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación no matrimonial, los requisitos necesarios para que el reconocimiento determine la filiación.

Por tanto, el efecto que, según el artículo 126 C.c., surte el reconocimiento cuando lo consienten los descendientes del hijo fallecido es la determinación legal de la filiación no matrimonial de dicho hijo, que es a lo que tiende, y para lo que sirve, todo reconocimiento formal y válido.

Igual que hemos mantenido en los capítulos anteriores, sólo cuando el reconocimiento alcance esta eficacia podrá inscribirse como título que ha determinado la filiación del hijo, en este caso ya fallecido.

2. Descendientes que pueden prestar su consentimiento al reconocimiento.

El artículo 126 C.c. habla en general de <<descendientes>>, por lo que, literalmente, podrían ser todos los parientes de la línea recta descendente del fallecido⁸³⁸.

Sin embargo, la lógica nos conduce a restringir la legitimación para consentir el reconocimiento a los hijos del fallecido, y en defecto de los mismos, a los nietos. Sólo si algún hijo, o todos, han muerto con anterioridad al reconocido, podrán los descendientes de aquéllos consentir el reconocimiento, pues los únicos legitimados son los que, fallecido el reconocido,

⁸³⁸ Esta interpretación la adelantó uno de los primeros comentaristas de la reforma, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 652, señalando que "quedan comprendidos todos los descendientes: sean matrimoniales o no; y sean o no herederos; incluso -al menos, en la interpretación literal del precepto- los de ulterior grado en vida del de grado anterior de la misma línea recta".

quedarán *directamente* (y no de forma indirecta, es decir, a través de su progenitor vivo) afectados por el establecimiento de la filiación⁸³⁹.

Las razones prácticas que llevan a esta solución las ha expuesto POZO⁸⁴⁰: si se exige el consentimiento de todos los descendientes para que el reconocimiento del ya fallecido surta efecto, "no sería conveniente ampliar en demasía el círculo de posibles interesados (la unanimidad sería más difícil de conseguir, y, por tanto, que el reconocimiento fuese eficaz)"; y si el reconocimiento puede ser eficaz sólo para el descendiente que consiente, entender que los descendientes de ulterior grado deben consentir llevaría a situaciones "que, en la gran mayoría de los casos, causarían perplejidad (padres con distinto apellido que sus hijos, hermanos de doble vínculo con distinto apellido, e incluso es posible que con distinta nacionalidad...)".

Por otra parte, no ofrece dudas que los descendientes pueden ser matrimoniales, no matrimoniales o adoptados⁸⁴¹.

3. Consentimiento de todos los descendientes.

Es una cuestión discutida si el reconocimiento del ya fallecido sólo surte efecto cuando lo consienten todos sus descendientes, o si también puede ser eficaz cuando lo consiente cualquiera de ellos, en este caso con una eficacia relativa porque únicamente se vería afectado

⁸³⁹ Así lo entienden PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 933, y "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 67, y BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 395. PEÑA considera que "debe entenderse, sin embargo, que no es necesario contar con los descendientes de ulterior grado mientras viva el descendiente a través del cual provienen del autor del reconocimiento: por lo mismo que, viviendo el reconocido, tampoco había de contarse con el consentimiento de los descendientes del hijo" Y BLASCO GASCÓ argumenta que "el fundamento y la finalidad de la norma parece exigir que se trate de los descendientes directos más cercanos en grado"

⁸⁴⁰ *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 171.

⁸⁴¹ Aunque PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 933, y "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 67, y POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 171, hablan sólo de matrimoniales y no matrimoniales, son también descendientes del reconocido los adoptados, que se integran plenamente en la familia del adoptante. Sí menciona expresamente a los que son adoptados BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 395.

el descendiente que ha consentido⁸⁴². La doctrina se encuentra dividida entre ambas tesis⁸⁴³.

El principal argumento que aportan los defensores de la primera es que el reconocimiento, como título de determinación legal de la filiación, sólo puede tener una eficacia *erga omnes*: el estado civil de filiación, si ésta queda determinada, tiene efectos frente a todos⁸⁴⁴.

La razón esgrimida para defender la segunda es el beneficio que puede reportarle al descendiente que consiente el reconocimiento la determinación de la filiación, beneficio al que tiende la regla establecida en el artículo 126 C.c., y del que no se le puede privar porque los

⁸⁴² POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., págs. 168-169, recoge las tres posturas que se pueden mantener al respecto:

"a) Basta el consentimiento de *cualquiera* de los descendientes, y el reconocimiento producirá efectos con respecto a *todos* ellos."

"b) El consentimiento puede prestarlo *cualquiera* de los descendientes, pero el reconocimiento sólo producirá efectos con respecto al que lo hubiese consentido, y no con respecto a los demás."

"c) El consentimiento debe prestarse por *todos* los descendientes."

⁸⁴³ Son partidarios de la primera PEÑA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 933, y "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 66; POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 169; y, con menos rotundidad, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ob. cit., pág. 440, y SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ob. cit., pág. 270. Defienden la segunda, DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 435; RIVERO, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 478; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 263; BLASCO GASCÓ, en *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 395, y MARTÍNEZ SANCHIZ, "Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia", en *Revista de Derecho Notarial*, 1986, pág. 63, que sigue la opinión de DE LA CÁMARA.

La doctrina italiana que defiende la necesidad del consentimiento de los descendientes del hijo fallecido para que su reconocimiento tenga efectos (sólo a favor de dichos descendientes según establece el art. 255 del Codice civile), también se encuentra dividida. CARRARO, en *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, ob. cit., págs. 664-665, mantiene que deben consentir todos los descendientes, "non essendo ammissibile che la modificazione dello *status* che deriva a ciascuno dal subentrare dell'efficacia dell'atto si operi contro la sua volontà, né essendo ammissibile che il riconoscimento del figlio premorto sia operante solo per alcuni dei suoi discendenti"; en cambio, FERRI, *Lezioni sulla filiazione*, ob. cit., pág. 160, sostiene que los descendientes deben dar su consentimiento individualmente, por lo que "in difetto di assenso il riconoscimento resterà improduttivo di effetti rispetto al discendente che non lo ha dato o lo ha rifiutato"

⁸⁴⁴ PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 67, recalca que "o el reconocimiento tiene los efectos de un título de determinación legal o no los tiene. Pero valer como título de determinación legal es que por el reconocimiento se proclama y acredita (cf. art. 113 Cc) el estado civil de filiación *en contra y a favor de todos (erga omnes)* y no sólo en favor del que otorga el reconocimiento y de las concretas personas que, con su consentimiento, le hacen surtir efectos"

otros descendientes no estén dispuestos a prestar su consentimiento⁸⁴⁵.

En nuestra opinión, no caben los consentimientos individuales para la eficacia del reconocimiento del hijo ya fallecido. La protección, ante todo, de los descendientes del hijo fallecido no puede llevar a un desconocimiento de las normas básicas sobre el estado civil y sobre la filiación por naturaleza. Todo estado civil tiene eficacia general, sin excepciones⁸⁴⁶ y menos de forma implícita como sería el caso; y sería contrario a la verdad biológica, fundamento último de toda filiación natural, que, descendiendo determinados sujetos de una misma persona, algunos de ellos no desciendan a su vez del ascendiente de esa persona⁸⁴⁷.

El respeto a estos principios insoslayables puede llevar a mantener, o que es necesario el consentimiento de todos los descendientes para que la filiación quede determinada por medio del reconocimiento, o que basta el consentimiento de cualquiera de ellos para que la filiación quede determinada frente a todos, pero nunca a la solución intermedia que supone que una filiación queda determinada para algunas personas pero no para otras.

⁸⁴⁵ DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 435, considera que "en definitiva, si el reconocimiento se admite cuando hay descendencia no sólo porque de esta suerte se evita el reconocimiento interesado, sino porque, paralela y complementariamente, con él se favorece a los descendientes (les <<aprovecha>>, según dice el art. 119, 2, y decía el antiguo 124), puesto que en virtud del reconocimiento devienen herederos intestados y legitimarios del reconocedor, ¿por qué condicionar el beneficio del descendiente que está dispuesto a aceptar al principio de unanimidad? Allí cada cual con sus razones, pero parece contrario al buen sentido que el descendiente a quien <<aprovecha>> el reconocimiento y quiera legítimamente beneficiarse de él, esté a las resultas de lo que piensen sus hermanos o sobrinos, o sus respectivos representantes legales". Otra razón que aporta RIVERO, en *Comentario al Código civil*, ob. cit., pág. 478, es que "de esta forma se resuelve mejor el problema de concurrencia de descendientes de distinto grado"

⁸⁴⁶ De hecho, como acertadamente recuerda PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 67, es tan absoluta la eficacia *erga omnes* del estado civil, que incluso se prescinde en esta materia de la eficacia relativa de la cosa juzgada.

⁸⁴⁷ POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 170, sostiene que "la admisión del consentimiento individual e independiente de cada descendiente supondría una negación biológica", razonando que "el reconocedor es el padre del hijo fallecido o no lo es; pero no debería admitirse jurídicamente, *porque ello supondría una aberración biológica*, que el reconocedor ha sido el padre a efectos de algunos descendientes (los que han consentido el reconocimiento) y no a efectos de otros (los que no lo han consentido)".

Ya que no parece posible defender que el artículo 126 C.c. se refiera a la segunda alternativa, pues para ello habría debido decir <<cualquiera de sus descendientes>>⁸⁴⁸, y sin texto expreso no puede mantenerse que el reconocimiento surte efectos para los descendientes que no lo han consentido⁸⁴⁹, sólo nos queda la primera, que es conforme, además, con el tenor literal del precepto, precisamente por lo mismo: si no dice que <<cualquier descendiente>> puede consentir el reconocimiento, sino <<sus descendientes>>, deben ser *todos*⁸⁵⁰

La alternativa que les queda a los descendientes que están de acuerdo en que la filiación quede determinada, si no concurre el consentimiento de todos para que el reconocimiento surta efecto, es reclamar dicha filiación judicialmente. El problema es que, si no había posesión de estado, según el artículo 132 C.c. los descendientes no estarían legitimados para interponer la acción, que sólo corresponde al hijo, salvo que fuese de aplicación la regla contenida en el párrafo segundo y, como herederos, pudiesen reclamar la filiación. No obstante, teniendo en cuenta la ya mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre legitimación en materia de filiación, no creemos que sea excesivo pensar que se admitiría su reclamación ante la existencia de un reconocimiento formal, válido, que no puede determinar la filiación por la exigencia legal de que *todos* los descendientes deben prestar su consentimiento.

⁸⁴⁸ Como se propuso en la enmienda nº 93 presentada en el Congreso por el Grupo Comunista (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 255) y en el Dictamen de la Comisión del Senado, concediendo éste a los que no consintiesen el derecho a impugnar la filiación determinada dentro del año siguiente a su inscripción (*Código Civil... Trabajos Parlamentarios*, I, ob. cit., pág. 782).

⁸⁴⁹ Lo que expresamente exige el art. 126 C.c. es su consentimiento para que el reconocimiento surta efectos, de modo que en ningún caso puede afectar a descendientes que no han prestado su consentimiento.

⁸⁵⁰ Se ofrecen incluso más argumentos en contra de los consentimientos individuales. Así, POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 170, habla de la "ruptura de la unidad familiar", pues habría hermanos con apellidos y nacionalidad distinta. Y PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 68, se pregunta por la incidencia registral de esta determinación de la filiación: "¿Sería inscribible en el Registro civil -instrumento de constancia oficial *erga omnes* del estado civil- y con qué efectos el reconocimiento de filiación consentido sólo por algunos descendientes?"

4. Consentimiento por los representantes legales de los descendientes.

1. Descendientes menores de edad o incapacitados.

Según el artículo 126 C.c., el consentimiento que corresponde prestar a los descendientes menores de edad o incapacitados deberá ser decidido por sus representantes legales.

Realmente, el precepto no menciona expresamente a los menores o incapacitados, pero deducimos que se refiere a ellos de la exigencia del consentimiento de los representantes legales de los descendientes. Son sólo menores o incapacitados los que tienen representante legal⁸⁵¹.

Congruentemente con lo que ya hemos mantenido al estudiar los artículos 121 y 124 C.c., serán los representantes legales de los descendientes menores de edad no emancipados los que podrán prestar el consentimiento al reconocimiento del hijo ya fallecido. En el artículo 126 C.c. es, si cabe, más evidente esta afirmación, pues ni siquiera habla de menores, sino de personas sometidas a representación legal, y los menores emancipados no se encuentran en ese supuesto.

Por lo que atañe al otro grupo de personas que pueden estar sujetas a representación legal, los incapacitados, hay que trasladar aquí lo ya dicho en relación con los incapacitados del artículo 124 C.c. Los que tienen representante legal, según previene el artículo 126 C.c., son los incapacitados por deficiencias físicas o psíquicas sometidos a tutela, no los declarados pródigos ni los sometidos a curatela, que podrán prestar por sí mismos (en el caso de los sometidos a curatela, con o sin asistencia, dependiendo de la sentencia de incapacitación) su consentimiento al reconocimiento del hijo ya fallecido.

2. Imposibilidad, como regla general, de la aprobación judicial.

⁸⁵¹ Así, RIVERO, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 478.

A diferencia del consentimiento de los menores de edad o incapacitados cuando son ellos los reconocidos, que puede ser prestado por sus representantes legales o sustituido por la aprobación judicial, el consentimiento de los descendientes menores o incapacitados del hijo fallecido sólo puede ser prestado por sus representantes legales. ¿Podría entenderse que también cabe la aprobación judicial del reconocimiento en estos casos, supliendo el consentimiento del representante legal? ¿Que al consentimiento del resto de los descendientes puede unirse la aprobación judicial correspondiente al consentimiento del descendiente menor de edad o incapacitado?

La doctrina es contraria a esta hipótesis⁸⁵², básicamente porque el artículo 126 C.c., pudiendo haberla previsto como en el artículo 124 C.c., no lo hace. La razón de esta omisión no puede estar en que la protección que ofrece el precepto a los descendientes menores de edad o incapacitados sólo puede conseguirse a través de la actuación de su representante legal, pues en el artículo 124 C.c. también se busca la protección de menores o incapacitados y, sin embargo, sí se contempla la aprobación judicial, que deberá atender al interés de estas personas⁸⁵³.

⁸⁵² PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 66, expresamente señala que "aquí el consentimiento del representante legal no puede ser suplido por la aprobación judicial"; RIVERO, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 478, comenta que "cambia aquí el legislador un tanto de criterio, al prescindir de la aprobación judicial"; POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 172, mantiene que "si el representante legal del descendiente menor o incapaz no presta su consentimiento al reconocimiento, no es posible acudir, como camino alternativo, a la aprobación judicial, dados los términos en que está redactado el art. 126 CC"); DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., pág. 263, critican que "sin ninguna justificación el artículo 126 menciona a los representantes legales de los descendientes, eliminando como alternativa la aprobación judicial que establece el artículo 124", y DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 435, aunque apunta que probablemente la solución más correcta hubiese sido admitir la aprobación judicial, afirma que "parece difícilmente admisible, visto que el artículo 126 omite toda referencia a la autorización judicial y no puede presumirse que la omisión haya sido fruto de un olvido involuntario"

⁸⁵³ No coincidimos, por tanto, con la opinión de DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., pág. 435, de que, al ser un supuesto excepcional el reconocimiento del hijo ya fallecido sólo permitido en la medida en que "aproveche" a los descendientes, "eso explica que el juicio sobre si el reconocimiento les favorece o no dependa exclusivamente de su propio criterio o del que mantenga su representante legal"

El motivo de la omisión creemos que puede estar, por el contrario, en la propia naturaleza del consentimiento exigido para la eficacia del reconocimiento del hijo ya fallecido. En nuestra opinión, se trata de un consentimiento conjunto, al que se llega por la concurrencia de varias declaraciones de voluntad. Aunque haya casos en que sobreviva un único descendiente, el legislador parte de la base de que puede haber varios (por definición, no estamos ante una única persona como sería el hijo reconocido) que deban prestar su consentimiento al reconocimiento, y en función de ello regula dicho consentimiento. En vista de la complejidad del supuesto, y de la dificultad para conseguir el acuerdo de todos los descendientes, quizá se pensó que lo más sensato era limitar las alternativas ofrecidas para llegar a ese consentimiento conjunto, cubriendo, eso sí, la necesidad de protección de todos los descendientes.

Una limitación que, en principio, no nos parece injustificada. Primero, porque en el supuesto del artículo 126 C.c. la protección del menor de edad o incapacitado se puede conseguir plenamente a través del consentimiento de su representante legal, pues es más difícil que se dé un conflicto de intereses entre el representante legal y el representado. Cuando el hijo reconocido, no su descendiente, es el menor o incapacitado, normalmente su representante legal será el otro progenitor, y en la decisión de éste pueden influir consideraciones, derivadas de su relación con el reconocedor, poco confesables y ajenas por completo al interés del hijo (deseos de venganza, odio hacia el reconocedor). En estos casos, la protección de los intereses del menor o incapacitado sí demanda la alternativa de la aprobación judicial, pero cuando el representante legal que debe consentir el reconocimiento no lo es del hijo reconocido, sino de uno de sus descendientes, esas valoraciones que fundamentan el recurso a la aprobación judicial no cabe hacerlas. La aprobación judicial del reconocimiento, respecto del descendiente menor o incapacitado, no nos parece por tanto, como regla general, necesaria, sobre todo

teniendo en cuenta lo que diremos a continuación.

En segundo lugar, la función que cumpliría en el artículo 126 C.c. la aprobación judicial es muy distinta de la que cumple en el artículo 124 C.c. Si el menor o incapacitado es el hijo reconocido, la aprobación judicial, sin necesidad de ningún otro consentimiento, dota de eficacia al reconocimiento, permitiendo que la filiación quede determinada. En cambio, si el menor o incapacitado es uno de los descendientes del hijo reconocido, la aprobación judicial actuaría como un elemento más del consentimiento conjunto exigido por el artículo 126 C.c. Además de esta aprobación judicial, serían necesarias las declaraciones de voluntad conformes con el reconocimiento del resto de los descendientes, pues lo que confiere eficacia al mismo es ese consentimiento conjunto en el que se integraría la aprobación judicial. Esta no es, pues, fundamental, su mención no es decisiva, ya que si no se consintiese el reconocimiento por algún otro descendiente no serviría de nada⁸⁵⁴.

Por último, y en relación con lo anterior, ¿cómo se articularía, en la práctica, esta aprobación judicial que funcionaría como un elemento más del consentimiento de los descendientes? Exigiéndose un consentimiento conjunto, no tendría mucho sentido que un Juez se pronunciase sobre el interés que puede reportarle a un menor o incapacitado el reconocimiento de su ascendiente, cuando su decisión podría no tener ningún efecto. Por otra parte, el consentimiento previsto por el artículo 126 C.c. es en definitiva un acuerdo entre diversas personas, entre los descendientes mayores de edad y capaces y los representantes legales de los descendientes menores o incapacitados del hijo fallecido, ¿qué papel podría jugar

⁸⁵⁴ La importancia de la aprobación judicial sería, por supuesto, superior si se considera que son admisibles los consentimientos individuales para la eficacia del reconocimiento. Si ésta hubiese sido la intención del legislador, sí resultaría criticable la omisión de la aprobación judicial en el art. 126 C.c., pues no nos parece aceptable que la eficacia del reconocimiento para el descendiente menor o incapacitado dependa únicamente de la decisión de su representante legal. Sería una de las excepciones a la mencionada regla general de que basta la exigencia del consentimiento del representante legal, para que el menor o incapacitado esté debidamente protegido.

en este acuerdo un Juez? No sería ni árbitro ni decisor, sino participante como defensor de los intereses de un descendiente menor o incapacitado. ¿Y si fuesen varios los descendientes menores de edad o incapacitados y se acudiese por todos ellos a la aprobación judicial? En fin, se mire por donde se mire, la situación nos parece absurda, y extraña a la función que debe cumplir el Juez cuando se acude a él para que conceda o no la aprobación a un reconocimiento de filiación.

3. Posibles excepciones a esa regla general.

En conclusión, la decisión, consciente o no, del legislador de excluir el remedio de la aprobación judicial en los casos de descendientes menores o incapacitados, nos parece acertada. Ahora bien, pueden imaginarse supuestos en los que sí estaría justificada la aprobación judicial, que se pudiese acudir a ella cuando el representante legal del menor o incapacitado se negase a prestar el consentimiento al reconocimiento del hijo ya fallecido. Son en concreto dos: cuando el resto de los descendientes del hijo consienten el reconocimiento, y el representante legal del menor o incapacitado se niega a ello; y cuando el único descendiente del hijo fallecido es menor o incapacitado y su representante legal no consiente el reconocimiento.

En el primer caso, la filiación no podría quedar determinada al no concurrir el consentimiento de todos los descendientes, y aquí sí nos parece excesivo que por la decisión de una persona que no es el propio interesado pueda privarse de eficacia al reconocimiento, en perjuicio del resto de los descendientes.

En el segundo caso, la filiación tampoco quedaría determinada por voluntad exclusiva del representante legal del menor o incapacitado, por voluntad de una persona que, repetimos, no es el propio interesado, lo que también nos parece criticable.

¿Cabría defender que en estos dos supuestos se podría acudir a la aprobación judicial,

a pesar del tenor literal del artículo 126 C.c.? Desde luego sería lo deseable, y además conforme con el mecanismo de la aprobación judicial como requisito de eficacia, porque en ambos la aprobación judicial cumple la función que le es propia: si se concede, el reconocimiento será eficaz, ya sea porque el resto de los consentimientos ya se han prestado, ya sea porque no se exige ningún consentimiento más.

Lo difícil es vencer el obstáculo de la literalidad del artículo 126 C.c., pues parece que no ofrece alternativa. Creemos, no obstante, que estamos ante dos hipótesis excepcionales que no tienen por qué estar previstas en la regla general establecida por el legislador, en la que es incongruente o inoperante, como hemos visto, la alternativa de la aprobación judicial. A nuestro entender, está pensando en la existencia de varios descendientes y en un consentimiento conjunto que presupone un acuerdo que podríamos llamar "familiar" (sólo los descendientes por sí o por sus representantes legales), en el que no cabe la intervención de la autoridad judicial. Pero no cabe esta intervención porque no es dable llegar a un acuerdo con el mecanismo de la aprobación judicial, de ahí que si el acuerdo ya estuviese tomado, a falta únicamente de la conformidad del representante legal de un descendiente, no habría razón para rechazar la vía de la aprobación judicial.

El legislador no puede prever las múltiples variantes que pueden darse cuando son varias personas las que han de emitir un solo consentimiento, como es el exigido en el artículo 126 C.c. Si algunas de estas variantes no previstas, o a las que no puede dar una solución específica, demandan esa solución que no entra dentro del tenor literal de la norma, lo que deberemos hacer es extraerla del espíritu de la Ley. Y creemos que es conforme con este espíritu entender que en las dos hipótesis que nos planteamos es posible pedir la aprobación judicial del reconocimiento.

Si hay un único descendiente, menor o incapacitado, y su representante legal no presta

el consentimiento al reconocimiento del hijo fallecido, no hay razones suficientes que justifiquen un tratamiento diferenciado del que recibe el reconocimiento del hijo menor o incapacitado. El legislador no ha distinguido este supuesto en el artículo 126 C.c., pero puede deducirse su intención de un supuesto similar, para el que sí establece lo que puede considerarse como regla general, que es el consentimiento por un menor o incapacitado a un reconocimiento regulado en el artículo 124 C.c. Es un supuesto similar porque coinciden la individualidad del consentimiento exigido y el sujeto al que se pretende proteger. Y este consentimiento puede venir dado por el representante legal del menor o incapacitado o ser sustituido por la aprobación judicial, de modo que no sería contrario al espíritu general de la Ley mantener que esta aprobación judicial también cabe cuando es el menor o incapacitado el único descendiente del hijo reconocido.

Es verdad que los supuestos no son los mismos, pues el hecho de que en uno se trate del hijo del reconocedor y en el otro del descendiente del hijo, revela que la protección que puede conseguirse a través de la actuación del representante legal es distinta. Como hemos señalado anteriormente, esta protección debe reafirmarse con la intervención judicial cuando el representante lo es del hijo reconocido, pues puede dudarse de la bondad de su decisión contraria al reconocimiento. Cuando es el representante del descendiente, en principio puede bastar su sola presencia para defender los intereses del representado, pero la trascendencia de su decisión, no apoyada por otros descendientes, nos lleva a mantener que también en estos casos se entiende necesaria la vía de la aprobación judicial. Y ello porque, de lo contrario, la ineficacia del reconocimiento, la no determinación de la filiación, la decidiría una persona que no es el propio interesado, movida, es posible, por móviles interesados⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ Imaginemos, por ejemplo, que el representante legal del descendiente es el cónyuge viudo del hijo reconocido. Puede oponerse al reconocimiento por razones que nada tienen que ver con el interés de su representado, como el resentimiento por no haber reconocido a su cónyuge antes.

Si estamos ante un reconocimiento que aceptan todos los descendientes del hijo a excepción del representante legal de uno de ellos, las razones que hacen inoperante la aprobación judicial en el consentimiento conjunto exigido por el artículo 126 C.c. desaparecen. No hay motivo entonces para negar el acceso a ella, cuando, además, puestos en la balanza el perjuicio que se les causa al resto de los descendientes y el tenor literal del precepto, debe pesar más el primero.

Admitiendo que cabe la aprobación judicial en estos casos excepcionales, pensamos que la misma debe estar guiada por los criterios ya vistos en relación a la aprobación judicial del artículo 124 C.c. Deberá comprobar el Juez, dentro de los límites de la jurisdicción voluntaria, la posible veracidad de la filiación reconocida, y valorar el interés que el reconocimiento tiene para el menor o incapacitado.

5. Forma del consentimiento de los descendientes del hijo fallecido.

El artículo 126 C.c. se limita a exigir el consentimiento, sin más calificativos, de los descendientes del hijo fallecido para que su reconocimiento surta efecto. A diferencia de otros artículos, como el 123 y el 124 C.c., que sí hablan concretamente de consentimiento expreso o tácito, o sólo expreso, nada establece el que estudiamos. Por otra parte, también a diferencia de estos preceptos referidos al consentimiento del hijo, no se distingue entre el consentimiento de los descendientes mayores de edad y capaces y el consentimiento de los representantes legales de los descendientes menores o incapacitados.

Se puede mantener que, como la Ley no especifica, tampoco el intérprete puede restringir a la forma expresa el consentimiento que pueden prestar los descendientes o sus representantes legales, si bien el acceso al Registro Civil de este consentimiento exige, a los

solos efectos registrales, la forma auténtica⁸⁵⁶.

No obstante, aplicando analógicamente lo dispuesto en los artículos 123 y 124 C.c., se puede entender que el consentimiento del descendiente mayor de edad y capaz puede ser expreso o tácito, y que el consentimiento del representante legal debe ser expreso⁸⁵⁷.

Creemos, por nuestra parte, que el hecho de que el artículo 126 C.c. nada establezca sobre el particular, no es razón suficiente para entender que cabe en cualquier caso tanto el consentimiento expreso como el tácito, porque, como hemos señalado, cuando la intención del legislador era ésa, así lo ha establecido expresamente (cfr. art. 123 C.c.). Pensamos, por el contrario, que igual que distingue entre el consentimiento de los descendientes mayores de edad y capaces, que pueden prestarlo por sí, y el consentimiento de los descendientes menores o incapacitados, que deben prestarlo sus representantes legales, a semejanza de la distinción entre hijo mayor de edad y capaz (art. 123 C.c.) e hijo menor o incapaz (art. 124 C.c.), sobreentiende que estos consentimientos deben ser también distintos.

El legislador ha empleado una fórmula muy concisa en el artículo 126 C.c. para expresar su intención, dando por sobreentendidos algunos extremos, por ejemplo, por qué descendientes deben prestar el consentimiento sus representantes legales. En el artículo 124 C.c., que también exige el consentimiento del representante legal, en este caso del hijo, ya ha especificado que se refiere a menores e incapaces, por ello no vuelve a repetir que es por los descendientes menores e incapaces por quienes debe consentir su representante legal. Del mismo modo, como ya ha regulado que el consentimiento de los hijos mayores de edad y capaces puede ser expreso o tácito, y el del representante legal de los hijos menores o

⁸⁵⁶ A juicio de RIVERO, en *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 478, "no se exige que se haga en forma determinada, sin perjuicio de la necesaria para que tengan esos consentimientos acceso al Registro, su destino natural" PEÑA, "La intervención de la autoridad judicial...", ob. cit., pág. 66, sostiene que "el consentimiento de los descendientes al reconocimiento puede ser expreso o tácito"

⁸⁵⁷ Esta es la opinión de POZO, *El reconocimiento de la filiación*, ob. cit., pág. 171.

incapaces expreso, no especifica en el artículo 126 C.c. la forma del consentimiento de los descendientes del hijo.

Así pues, consideramos que el consentimiento de los descendientes mayores de edad y capaces puede ser expreso o tácito, mientras que el de los descendientes menores o incapacitados debe ser expreso. Y, lo reiteramos, debe concurrir el consentimiento de todos: si éste no se recoge en un acto conjunto, deberá demostrarse el consentimiento que, individualmente, han prestado todos en la forma exigida.

Para inscribir este consentimiento conjunto en el Registro Civil sí será necesaria la forma auténtica o la declaración ante el Encargado, por exigencias registrales (cfr. art. 23 L.R.c.). Sólo podrá inscribirse cuando han consentido todos los descendientes, pues sólo entonces habrá adquirido eficacia el reconocimiento del hijo ya fallecido.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I: NATURALEZA, CONCEPTO Y CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO FORMAL

La naturaleza jurídica del reconocimiento de la filiación depende de la función llamada a cumplir por éste en la determinación legal de dicha filiación, es decir, depende de que el reconocimiento sea elemento esencial o meramente accidental de esa determinación, debiendo enfrentarse la cuestión de la naturaleza jurídica del reconocimiento formal previsto en el artículo 120.1º C.c., reconocimiento que sirve como título de determinación legal de la filiación, desde la perspectiva de si este reconocimiento es sólo la constatación de un hecho o, por el contrario, debe ser la admisión de la paternidad o maternidad que pueden quedar determinadas.

La cuestión de si el reconocimiento que funciona como título de determinación legal de la filiación es un acto-confesión (declaración de ciencia) o un acto-admisión (declaración de voluntad), es eminentemente dogmática, pero en lo que mayor grado de coincidencia hay es en la necesidad de que el autor del reconocimiento, para que éste sirva precisamente de título de determinación de la filiación a los efectos del artículo 120.1º C.c., tenga la voluntad, o persiga la finalidad, de dejar establecida la filiación con su declaración. La voluntad, la intención, el propósito, la finalidad (llámesele como se quiera) de dejar establecida la filiación que debe presidir la actuación del autor del reconocimiento formal es el elemento decisivo a la hora de delimitar el reconocimiento previsto en el artículo 120.1º C.c., el elemento que lo distingue de cualquier otro reconocimiento que no funcione como título de determinación legal de la filiación.

El reconocimiento formal del artículo 120.1º C.c. debe ser, en consecuencia, la declaración de voluntad del presunto progenitor tendente a que la filiación quede legalmente determinada, si bien la efectiva determinación y los efectos de esa determinación nacen exclusivamente de la Ley.

Argumentos legales en favor de la anterior solución serían la admisión de la posibilidad de impugnar el reconocimiento por vicios del consentimiento (art. 141 C.c.), la previsión de un control de la capacidad del reconocedor, a través de la aprobación judicial prevista en el artículo 121 C.c., la necesidad de forma pública para que el reconocimiento determine la

filiación, y la clara distinción entre determinación judicial de la filiación, donde se desarrolla plenamente el principio de la verdad biológica, ajeno a la voluntad de los sujetos, y determinación extrajudicial de la filiación, donde adquiere relevancia fundamental, en defecto de esa verdad biológica, la voluntad de los interesados.

El reconocimiento formal podría definirse, en consecuencia, como la declaración por la que el presunto progenitor expresa su voluntad de que conste legalmente la relación de filiación que le une a determinada persona, presumiendo entonces la Ley que el reconocedor declara a su vez el hecho biológico de la paternidad o maternidad.

El reconocimiento formal es un acto unilateral (a pesar de la exigencia de requisitos complementarios para que la filiación pueda quedar determinada por este medio), personalísimo (por lo que no cabe la representación), puro (debiendo tenerse por no puestos la condición, el término o el modo), e irrevocable (como se deduce del artículo 741 C.c.).

La prohibición de identificar al otro progenitor en el reconocimiento, contenida en el artículo 122 C.c., debe entenderse que es expresión del carácter personalísimo del reconocimiento y de la falta de efectos del mismo en la esfera del otro progenitor, si bien también el fundamento tradicional de la prohibición, la protección de la intimidad del otro progenitor, está presente en las excepciones expresas a dicha prohibición, que son los reconocimientos simultáneos y determinación previa de la filiación del otro progenitor. Estas excepciones igualmente pueden derivarse de la irrelevancia que en estos casos tiene la identificación del otro progenitor en el reconocimiento, pues no tendrá efectos en su filiación porque ésta está ya determinada o ya se ha admitido en el reconocimiento simultáneo.

El reconocimiento del concebido y no nacido, admitido y sujeto al régimen de eficacia del artículo 124, párrafo segundo, C.c., es perfectamente válido aunque el padre deba identificar a la madre para poder identificar, a su vez, al reconocido, pero este reconocimiento sólo será eficaz cuando quede determinada la filiación materna, pues hasta entonces no se podrá individualizar al hijo reconocido.

El supuesto en el que el padre, a la vez que reconoce, declara el nombre de la madre a los efectos de determinar la filiación materna en virtud del artículo 120.4º C.c., no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 122 C.c., pues el reconocedor no identifica a la madre en el reconocimiento sino en la inscripción del nacimiento del hijo. No está sujeto, por tanto, a la prohibición prevista en el precepto.

CAPÍTULO II: FORMAS DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento, para servir de título de determinación legal de la filiación, debe revestir unas determinadas solemnidades que garantizan la autenticidad del acto: debe realizarse, a tenor del artículo 120.1º C.c., ante el Encargado del Registro Civil, o en testamento o en otro documento público. A pesar de que se distinguen el testamento del documento público, las formas admitidas para efectuar el reconocimiento se reducen a dos: la declaración ante el Encargado del Registro Civil y el documento público.

El reconocimiento por declaración ante el Encargado del Registro puede hacerse en cualquier tiempo, influyendo el dato temporal únicamente a los efectos de aplicar un régimen de eficacia u otro (párrafo segundo del artículo 124 C.c. si se efectúa dentro del plazo para inscribir el nacimiento, y artículos 124, párrafo 1º, artículo 123 o 126 C.c. en otro caso).

Si el reconocimiento por declaración ante el Encargado no puede inscribirse inmediatamente debe levantarse un acta documentando el mismo, debiendo comunicarse, por el Encargado del Registro, el otorgamiento del reconocimiento a las personas que pueden prestar los consentimientos oportunos para que el reconocimiento, ya irrevocable, pueda cumplir la función a la que tiende, que es la determinación de la filiación del reconocido, y ello por razones de analogía con el artículo 186, párrafo segundo, R.R.c.

Cualquier documento público, cuyo contenido no esté predeterminado de forma excluyente por la Ley, es apto para que el reconocimiento en él contenido pueda determinar la filiación, por lo que la relación de documentos establecida en el artículo 186, párrafo primero, R.R.c. es meramente ejemplificativa.

La escritura pública, no el acta notarial, es el instrumento idóneo para efectuar el reconocimiento, ya sea como único contenido de la misma o junto a otras disposiciones, pudiendo determinar la filiación en este último caso siempre que no sea incidental, es decir, siempre que el reconocimiento se realice con la intención de determinar la filiación.

En relación al acta civil de celebración del matrimonio de los padres, mantenemos que en la misma no sólo se puede reconocer a un hijo común de ambos contrayentes, sino también al hijo de cualquiera de ellos, pues en todo caso estamos ante un documento público en el que se puede formalizar el reconocimiento.

El reconocimiento en expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, más que reconocimiento en documento público, es reconocimiento ante el Encargado del Registro, sin que deban cumplirse los trámites de dicha inscripción, sólo los exigidos para la eficacia del

reconocimiento.

El reconocimiento en capitulaciones matrimoniales es un reconocimiento en escritura pública, pudiendo reconocerse en las mismas tanto al hijo común de los otorgantes como al hijo de uno solo de ellos, ya que en ninguno de los dos supuestos estamos ante una disposición <<por razón de matrimonio>> (cfr. art. 1.325 C.c.), lo que podría conducir a la admisibilidad sólo del primero, y aun así se siguen manteniendo las capitulaciones matrimoniales como documento público idóneo en el artículo 186 R.R.c. No cabe, pues, restringir los supuestos de reconocimiento válidamente formalizados en razón del concreto contenido del documento público en cuestión.

Cualquier forma testamentaria es apta para contener un reconocimiento de filiación, pero sólo si esta forma es documento público podrá servir dicho reconocimiento de título de determinación legal de la filiación: el notarial abierto, desde su otorgamiento, y antes por tanto del fallecimiento del testador, tiene la forma de documento público; el resto, cuando, una vez fallecido el testador, se proceda a su protocolización. La forma auténtica exigida para la validez del reconocimiento previsto en el artículo 120.1º C.c. se consigue cuando se protocoliza un testamento cerrado o uno ológrafo, pues igual que se confía entonces en la autenticidad del testamento habrá que confiar en la autenticidad del reconocimiento.

El reconocimiento contenido en testamento que es documento privado, aunque no es reconocimiento contenido en testamento a los efectos del artículo 120.1º C.c., es irrevocable, pues el artículo 741 C.c. no distingue. En este tipo de testamentos privados no falla la nota de irrevocabilidad, pues si el reconocimiento es secreto nada puede hacer el Derecho si se revoca o destruye el testamento en que se contiene, pero si se pudiera salvar el reconocimiento, se aplicaría igualmente la regla de la irretroactividad.

Si un escrito autógrafo contiene sólo un reconocimiento, saber si es verdaderamente un testamento es esencial para poder acudir a la protocolización del mismo, una vez fallecido su autor, con el fin de que el reconocimiento en él contenido pueda determinar la filiación. Deberá verificarse, en estos casos, que existe intención de testar, es decir, intención de reconocer para después de la muerte del testador, intención que no supone el establecimiento de un término contrario a la eficacia *ex lege* del reconocimiento, porque en todo caso ese reconocimiento sólo puede ser eficaz a la muerte del reconocedor.

Al contenerse el reconocimiento, para el que el artículo 121 C.c. exige una determinada capacidad, en un negocio, el testamento, que tiene sus propias reglas sobre capacidad de obrar,

deberán cumplirse ambos regímenes para que el reconocimiento en testamento sea válido. En consecuencia, sólo el menor emancipado podrá reconocer en testamento (si es ológrafo únicamente podrá hacerlo el mayor de edad) sin necesidad de aprobación judicial. Cualquier otro menor, mayor de catorce años, haya obtenido o no dispensa para casarse, necesitará la preceptiva aprobación judicial. Respecto de los incapacitados por enfermedades físicas o psíquicas que, según la sentencia de incapacitación, puedan otorgar testamento, necesitarán la aprobación judicial para la validez del reconocimiento tanto los que estén sometidos a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, como los que estén sometidos a curatela, si así se establece en la sentencia de incapacitación.

Tanto si el reconocimiento testamentario tiene eficacia *inter vivos* como si la tiene *post mortem*, será necesaria la aprobación judicial siempre que proceda a tenor del artículo 121 C.c. No se puede prescindir de ella una vez fallecido el reconocedor, pues por la eficacia de este reconocimiento sin necesidad de ningún requisito complementario (cfr. art. 188 R.R.c.), podría quedar la determinación de la filiación, cuestión de orden público e interés general, en manos de una persona sin capacidad suficiente (por ejemplo, un niño de catorce años). Antes de eficaz, el reconocimiento debe ser válido, y la aprobación judicial del artículo 121 C.c. es requisito de validez. No cabe que un incapacitado, cumpliéndose los requisitos del artículo 665 C.c., pueda reconocer en testamento sin aprobación judicial si ésta es preceptiva.

La problemática de la eficacia *inter vivos* o *post mortem* de los reconocimientos contenidos en testamento sólo se plantea respecto de los contenidos en testamento notarial abierto, pues son los únicos contenidos en documento público en vida de su autor.

La solución al problema pasa por la adecuada comprensión de una doble relación: la que une al reconocimiento con el documento en el que se contiene y la que cabe establecer entre reconocimiento en testamento y reconocimiento en documento público.

De la primera relación se deduce que al no ser el reconocimiento disposición testamentaria o *mortis causa* ni revocable, no hay razón para extender al mismo la eficacia *post mortem* que se asocia a estas circunstancias, eficacia que sería además contradictoria con la naturaleza pura del reconocimiento, sin que pueda fundamentarse esta hipotética eficacia en la propia Ley, al admitir ésta que se pueda reconocer en testamento, pues no se puede dar una interpretación a la Ley que contrariaría la obligación que, según el artículo 39.3 de la Constitución, compete a todo progenitor de prestar la asistencia debida a sus hijos. Aunque el reconocimiento se contenga formalmente en un testamento, no es materialmente disposición

testamentaria, y la eficacia *post mortem* deriva del contenido y no de la forma del testamento. El carácter reservado del testamento no es obstáculo a la eficacia inmediata gracias a la vigencia del artículo 254 del Reglamento Notarial.

Sí puede ser un obstáculo la intención de testar, que debe tenerse para la existencia del testamento, existencia que es necesaria para que el reconocimiento sea formalmente válido. La relación evidente entre intención de testar y eficacia del reconocimiento puede ser relevante o no para el Derecho, y partiendo de que el reconocimiento no es disposición testamentaria pueden distinguirse los siguientes supuestos.

Si el reconocimiento se integra en un testamento junto a otras disposiciones, la intención de testar no se tiene en cuenta en orden a la eficacia del reconocimiento, pues si efectivamente se tiene esa intención al reconocer se tendrá por no puesto el término que implica dicha intención, permaneciendo el testamento perfectamente válido; y si no se tiene esa intención, seguirá habiendo un reconocimiento válido contenido en testamento. En ambos casos estamos ante un reconocimiento formalizado en testamento, como permite el artículo 120.1º C.c., que puede tener eficacia *inter vivos*.

Si el único contenido del testamento es el reconocimiento y no se tiene intención de testar, no habrá reconocimiento en testamento, pero sí puede haber reconocimiento en documento público con eficacia *inter vivos*, como un supuesto de simulación relativa. Si el reconocedor tiene intención de reconocer para después de su muerte, estaremos ante un testamento perfectamente válido (art. 741 C.c.) y como tal reconocimiento testamentario no puede ser eficaz en vida de su autor, pues es contradictorio exigir intención de testar para que el reconocimiento sea formalmente válido y prescindir de ella para darle eficacia inmediata. Para conseguir la eficacia inmediata de estos reconocimientos otorgados con intención de testar se puede considerar que el reconocimiento está contenido en documento público, y como tal puede ser eficaz *inter vivos*, sin necesidad de que el autor proceda a la conversión del reconocimiento en testamento en reconocimiento en documento público.

Relacionando el reconocimiento en testamento con el reconocimiento en documento público llegamos a la conclusión de que no cabe diferenciar dos regímenes distintos en función de la forma utilizada, pues ello supondría infringir el principio de igualdad del que es expresión el artículo 39.3 de la Constitución: si se distinguen, los hijos reconocidos en documento público podrían beneficiarse de la determinación de la filiación desde el momento del otorgamiento del reconocimiento, mientras que los hijos reconocidos en testamento,

también documento público, no lo harían hasta el fallecimiento del reconocedor. Que el régimen sea único se deduce igualmente de la redacción, que vincula el testamento con el documento público, del artículo 120.1º C.c., y es lo que mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en base al artículo 188 R.R.c., que no excluye la eficacia *inter vivos* del reconocimiento en testamento cumpliendo con los requisitos oportunos de eficacia.

Aunque el testamento se revoque, el reconocimiento en él contenido sigue conservando su fuerza legal, que es precisamente de reconocimiento formalizado en testamento. Si se declara nulo el testamento, no alguna de sus disposiciones, el reconocimiento en él contenido será nulo como reconocimiento testamentario, pues carecería de dicha forma, pero podría valer como reconocimiento en documento público si esta forma es válida.

CAPÍTULO III: SUJETO RECONOCEDOR

Si la madre casada reconoce su filiación, rigiendo la presunción de paternidad del marido, dicha presunción provoca que quede determinada la filiación paterna y que esa filiación, tanto materna como paterna, se califique de matrimonial (eficacia positiva), y que no pueda quedar determinada otra filiación paterna contradictoria y no pueda calificarse de no matrimonial la filiación materna (eficacia negativa).

Si el reconocimiento materno de una filiación no matrimonial se produce sin constancia previa de filiación paterna, el reconocimiento será perfectamente válido como título de determinación legal de la filiación, pues no es contradictorio con la presunción de paternidad del marido, pero dicha filiación reconocida no podrá calificarse de no matrimonial.

Si ese reconocimiento se produce cuando ya está inscrita en el Registro una filiación paterna no matrimonial, igualmente el reconocimiento determinará la filiación materna, calificándose de matrimonial o no matrimonial dependiendo de si los padres están casados entre sí o no, sin que pueda entenderse que ese reconocimiento es contrario a la presunción de paternidad, pues en estos casos la presunción no despliega ningún efecto, al existir un reconocimiento paterno contradictorio, ya inscrito, con dicha presunción.

Del artículo 121 C.c. se deduce que cualquier persona puede reconocer a sus hijos, pues no se establece una edad mínima (a diferencia de los Derechos catalán y navarro), si bien se distinguen dos regímenes de capacidad para reconocer: los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad y los incapaces necesitan la aprobación judicial para la validez de su reconocimiento, mientras que los que sí pueden contraer matrimonio y los capaces pueden

reconocer por sí solos.

El artículo 121 C.c., con el término <<incapaces>>, sólo se refiere a los incapacitados por sentencia judicial (como acertadamente disponen el artículo 6.2 de la Ley catalana de filiaciones y la Ley 69 de la Compilación navarra), y más concretamente, los incapacitados que, según la sentencia de incapacitación, necesiten la aprobación judicial para reconocer válidamente, ya estén sometidos a tutela, patria potestad o curatela. Cabe que esta sentencia suprima la capacidad para reconocer si el incapacitado carece, continuada y permanentemente, de juicio (pues la aprobación judicial en ningún caso puede sustituir la voluntad del reconocedor), pero no que exija otros requisitos además de la aprobación judicial o sustituya ésta por otros distintos. Los declarados pródigos pueden reconocer válidamente sin necesidad de aprobación judicial.

En cuanto a quiénes sean los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad, habrá que estar a las reglas sobre capacidad matrimonial, llegando al absurdo si incluimos en el artículo 121 C.c. todos los supuestos previstos en sede de matrimonio, pues por el juego del artículo 75 C.c. también podrán contraer matrimonio incluso menores de catorce años. Estando a lo que demanda el artículo 121 C.c., a la operatividad de la aprobación judicial, y al sentido de <<por razón de edad>>, concluimos que los menores no emancipados, hayan obtenido o no dispensa para casarse, necesitan la aprobación judicial para reconocer válidamente. De este modo coinciden la capacidad plena para contraer matrimonio con la capacidad plena para reconocer válidamente: si no se tiene esta capacidad se necesita en ambos casos un control judicial de la capacidad del menor, que no se presume.

Se exige para la validez del reconocimiento la aprobación judicial, por lo que, si no se concede, el acto no vincula a su autor. Esta aprobación no sustituye la voluntad del reconocedor, sino que funciona como un control, no complemento, de la capacidad del reconocedor para verificar que la que tiene es suficiente para reconocer. El Juez no atenderá ni al interés del reconocido ni al interés del reconocedor: la protección del menor o incapacitado se consigue aquí verificando que aquél tiene la suficiente capacidad para defenderlos por sí mismo, pues es él el que reconoce.

Esta aprobación se decide en procedimiento de jurisdicción voluntaria, debiendo informar el Ministerio Fiscal sobre la capacidad del reconocedor, pues en esto se traduce la protección que debe buscar en todo caso como garante de los intereses de menores o incapaces.

CAPÍTULO IV: RECONOCIDO MAYOR DE EDAD

El fundamento del consentimiento del hijo está en la bilateralidad de la relación que se pretende establecer por vía extrajudicial, donde no puede conseguirse la verdad biológica. El principio de verdad biológica sólo impedirá, extrajudicialmente, la determinación de una filiación biológicamente imposible, y al no poder conseguirse por medio del reconocimiento lo procedente es dar relevancia, junto a la voluntad del reconocedor expresada en el reconocimiento, a la voluntad del otro sujeto de la relación de filiación. Sólo cuando el propio hijo no pueda prestar el consentimiento, por haber fallecido o no tener la capacidad suficiente, serán otras personas las que lo prestarán, como sustitutos del hijo (representante legal o Juez) o como directamente afectados una vez fallecido el hijo (descendientes).

Idea fundamental para esclarecer cuándo será el propio hijo el que, a tenor del artículo 123 C.c., pueda prestar el consentimiento al reconocimiento, es la función que cumplen los requisitos del artículo 124 C.c., que es sustituir la voluntad del reconocido. De modo que cuando el hijo tenga capacidad suficiente para actuar en el tráfico jurídico por sí mismo, con o sin asistencia, estaremos dentro del supuesto de hecho del artículo 123 C.c.: se extiende así a los reconocimientos de hijos mayores y capaces, menores emancipados, incapacitados sometidos a curatela y declarados pródigos.

El consentimiento del hijo se exige para que el reconocimiento sea eficaz, es decir, para que determine la filiación, también cuando el reconocimiento se efectuó siendo el hijo menor o incapacitado. En cambio, si el hijo mayor de edad, ya reconocido, es incapacitado, no podrá acudir al artículo 124 C.c., salvo que el hijo desconociese la existencia del reconocimiento, pues el régimen previsto en este precepto sólo se justifica cuando debe sustituirse la voluntad del hijo porque ésta no se conoce, por incapacidad o por desconocimiento del reconocimiento.

Se admite tanto el consentimiento expreso como el tácito porque el comportamiento del hijo ya denota su acuerdo con el reconocimiento, finalidad perseguida por el artículo 123 C.c. El consentimiento expreso no tiene por qué ser formal, si bien para su inscripción deberá constar en documento público o declararse ante el Encargado del Registro. Si no es éste el caso, deberá comprobarse, igual que el tácito, en el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo. El consentimiento tácito puede estar implícito en el *tractatus* de la posesión de estado.

El consentimiento del hijo, como el reconocimiento, es irrevocable, pues habrá quedado determinada la filiación. Cabe su impugnación, no obstante, por vicios del consentimiento,

aplicando analógicamente el artículo 141 C.c.

CAPÍTULO V: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN GENERAL

La exigencia del consentimiento del representante legal del reconocido menor o incapacitado o de la aprobación judicial está justificada por la necesidad de que también cuando el hijo no pueda prestar por sí mismo el consentimiento requerido, alguien deba hacerlo, como alternativa mejor a permitir que el reconocimiento determine la filiación sin intervención, ni directa ni indirecta, del hijo.

Quedan sometidos al artículo 124 C.c. los reconocimientos de hijos menores no emancipados o incapacitados sometidos a tutela o a patria potestad prorrogada o rehabilitada, siempre que sea el representante legal el que deba consentir el reconocimiento según la sentencia de incapacitación.

El consentimiento del representante legal y la aprobación judicial, exigidos por el primer párrafo del artículo 124 C.c., se proyectan sobre la eficacia del reconocimiento, pudiéndose inscribir la filiación reconocida sólo cuando recaen al haber quedado ya determinada.

Basta uno de los requisitos para que el reconocimiento determine la filiación, pues no son cumulativos sino alternativos.

Es potestativo acudir al consentimiento del representante legal o a la aprobación judicial, como se desprende de la literalidad del artículo 124, párrafo primero, C.c. y del hecho de que el representante legal no tiene derecho a intervenir en todo caso en la determinación legal de la filiación, sino que su mención es expresión del deseo de facilitar la eficacia del reconocimiento si la persona que tiene a su cuidado al menor o incapacitado y defiende sus intereses está de acuerdo con que quede determinada su filiación, sin necesidad de acudir en todo caso a la aprobación judicial.

En caso de que no se conceda el consentimiento o la aprobación, se podrá acudir a la otra vía alternativamente recogida, pues el reconocimiento sigue estando en situación de determinar la filiación.

Ya que el artículo 124 C.c. no aclara quién es el representante legal, habrá que estar a las reglas generales (arts. 162 y 267 C.c.) si esta representación está constituida.

También puede pensarse que el consentimiento al reconocimiento puede ser prestado por personas que actuarían como representantes legales aunque la representación legal no esté

constituida, caso del Ministerio Fiscal y de los presuntos progenitores que acrediten su paternidad o maternidad por posesión de estado.

Aunque se mantiene que el Ministerio Fiscal puede prestar su consentimiento al reconocimiento en los supuestos en que no esté constituida la representación legal del menor o incapacitado, pensamos que con la atribución a los Jueces de Primera Instancia, Encargados del Registro, la competencia para aprobar el reconocimiento, lo adecuado será acudir a esta aprobación judicial que expresamente se contempla en el artículo 124 C.c., pues el Ministerio Fiscal en la misma es un mero informante.

Respecto de la posibilidad de ejercer la representación legal por posesión de estado, mantenemos que tanto si la filiación está determinada como si no lo está, la posesión de estado permitirá, a falta de los medios establecidos por el artículo 113 C.c., acreditar la paternidad o maternidad con el objeto de ejercitar las facultades y deberes dimanantes de la relación de filiación, en particular, la representación legal de los hijos. Esto aplicado a los reconocimientos bilaterales y simultáneos, cuyos autores alegan posesión de estado para actuar como representantes legales del menor o incapacitado, nos lleva a sostener, de acuerdo con la doctrina registral, que tales reconocimientos serán eficaces si los reconocedores se prestan recíprocamente el consentimiento exigido por el artículo 124 C.c. para que la filiación quede determinada. Si el que reconoce unilateralmente es el que pretende ejercer la representación legal por posesión de estado, no podrá en ningún caso autoconsentir su reconocimiento, por lo que deberá prestar el consentimiento el otro progenitor, si también es representante legal del reconocido, o acudirse a la aprobación judicial (no a un defensor judicial).

El menor no emancipado puede prestar el consentimiento exigido como representante legal del menor, como se deduce de la relación entre los artículos 162 y 157 C.c.

El consentimiento debe ser expreso, pero no se exige ninguna forma especial, como la declaración ante el Encargado o el documento público, que sólo se exigen para la inscripción del reconocimiento eficaz. Se deberá acudir al expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo para comprobar la existencia del consentimiento si no consta en alguna de las formas anteriores.

El consentimiento es irrevocable, si bien puede impugnarse por vicios del consentimiento, por analogía con el artículo 141 C.c., siendo discutible si sólo puede accionar el representante legal que sufrió el vicio o también el propio hijo o el representante legal que en ese momento tenga el hijo, aunque no se trate de la misma persona que prestó el

consentimiento viciado.

El representante legal, al consentir o no el reconocimiento, debe buscar el interés del hijo, pues ésta es la finalidad que está llamado a cumplir en todo caso en sus actuaciones (arts. 154, párrafo 2º, y 216 C.c.), debiendo oír al hijo si tuviese el suficiente juicio.

En el trámite de la aprobación judicial, el criterio de la verosimilitud de la filiación reconocida es sólo un *prius* para concederla, debiendo tenerse en cuenta fundamentalmente el beneficio que puede reportarle al hijo reconocido la determinación de la filiación. La verdad biológica sólo puede tener una incidencia negativa en la aprobación, es decir, excluyendo la aprobación de los reconocimientos imposibles biológicamente, pues no se puede investigar la veracidad del reconocimiento en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, presumiendo la Ley que el reconocimiento, si es posible biológicamente la filiación reconocida, es veraz, presunción que sólo puede atacarse judicialmente. Se deriva también este criterio del interés como relevante en la actuación judicial de la propia exigencia del requisito en función del sujeto reconocido, de la relación con el consentimiento del representante legal, y de que es un principio general que debe protegerse siempre al menor o incapacitado. Este interés que debe buscarse es, no obstante, un concepto jurídico indeterminado.

El Juez competente para aprobar el reconocimiento es el Juez Encargado del Registro en el que deba inscribirse el reconocimiento, debiendo tramitarse en procedimiento de jurisdicción voluntaria (Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1989, apartado 2, letra c.).

La audiencia exigida del Ministerio Fiscal se traduce en un informe sobre la conveniencia de la determinación de la filiación reconocida para el menor o incapacitado.

Progenitor legalmente conocido es tanto el progenitor que ya tiene determinada su filiación como el progenitor que la acredita por posesión de estado. Deberá dársele audiencia aunque no ejerza la patria potestad, pues se menciona expresamente al progenitor y no al representante legal.

Aunque no se exige la audiencia de otras personas en el artículo 124, párrafo primero, C.c., la del hijo es obligatoria de acuerdo con el artículo 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, y la del representante legal y la del reconocedor debería serlo, y facultativa la de otras personas, sin que sea conveniente extender en demasía el círculo de personas interesadas que puedan solicitar ser oídas en el trámite de la aprobación judicial.

CAPÍTULO VI: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN ESPECIAL

El régimen de eficacia del segundo párrafo del artículo 124 C.c. es especial pero no excepcional: especial porque prevé la eficacia automática del reconocimiento, sin necesidad de requisitos complementarios previos, pero no excepcional porque no es contrario al principio general que informa el sistema en virtud del cual se necesita la intervención de otra persona distinta del reconocedor para que la filiación quede determinada legalmente.

El reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento está sometido a este régimen especial porque se pretende beneficiar al progenitor diligente, porque se entiende que dicho reconocimiento es beneficioso para el hijo, y porque existe mayor probabilidad de que la filiación reconocida coincida con la real.

Está sometido a este régimen todo reconocimiento efectuado tanto dentro del plazo ordinario para inscribir el reconocimiento como del extraordinario, sin que en este caso deba alegarse justa causa. También los reconocimientos efectuados en las veinticuatro horas siguientes al nacimiento, pues hay identidad de razón entre este supuesto y el regulado.

Para que se aplique este régimen el reconocimiento no sólo puede hacerse en el acta de nacimiento o, con posterioridad a su inscripción, ante el Encargado del Registro, sino en cualquiera de las formas admitidas por el artículo 120.1º C.c., pues el rasgo definidor para aplicar el régimen especial es el tiempo en el que se realiza el reconocimiento y no su forma. Particularmente, el reconocimiento en testamento notarial abierto, eficaz en vida de su autor, adquirirá también esa eficacia automática sin control previo por haberse efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento, a pesar de la literalidad, que parece excluirlo, del artículo 188 R.R.c.

En cuanto al régimen de eficacia de estos reconocimientos, se integra por una serie de reglas que se explican unas en función de las otras. Se inicia esta serie con la eficacia automática del reconocimiento, si bien es provisional porque la madre puede suspenderla, en cuyo caso será necesaria la confirmación de la inicial eficacia. La posibilidad de suspender la eficacia del reconocimiento nos hace pensar en la exigencia de un consentimiento, posterior y tácito, para la eficacia definitiva del reconocimiento, que se traduciría en el no ejercicio de la facultad de suspensión, o en su defecto la aprobación judicial.

Una vez producida esa eficacia automática, se concede a la madre la facultad de suspender la inscripción de paternidad, sin que pueda ser tachada de discriminatoria respecto del padre si se entiende que la filiación ya debe estar determinada, y en el plazo de tiempo

contemplado en el que se efectúa el reconocimiento la filiación no queda determinada por medio de un reconocimiento sino por el mecanismo previsto en el artículo 120.4º C.c., y en el caso improbable de que la madre reconozca dentro del plazo para inscribir el nacimiento, constará su nombre en el parte o comprobación exigidos para inscribir el nacimiento del hijo, por lo que no procedería, por la misma razón que no puede suspenderse la inscripción de maternidad determinada de acuerdo con el artículo 120.4º C.c., la suspensión de la inscripción del reconocimiento materno.

La madre puede pedir la suspensión de la inscripción de paternidad en concepto de representante legal del hijo, como se deduce de una interpretación sistemática del precepto: la concesión a la madre, como tal, sería una excepción en el sistema de filiación que no se cohonestaría con la mera especialidad del régimen regulado en el artículo 124, párrafo segundo, C.c. Sólo la madre que sea a su vez representante legal del hijo podrá suspender la inscripción de paternidad, como expresión del trato de favor dispensado a estos reconocimientos.

Si el reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento cuenta con el consentimiento del representante legal (en el caso de que no sea la madre y se entienda que ésta no tiene por qué ser representante legal del hijo para suspender la inscripción de paternidad) o con la aprobación judicial, no cabrá la suspensión, pero no porque el reconocimiento queda sometido al régimen general previsto en el artículo 124, párrafo primero, C.c., sino porque decae la razón que justifica el poder concedido a la madre: la falta de concurrencia de requisitos complementarios para la eficacia del reconocimiento. Aunque se piense que la madre ostenta la facultad de suspensión en concepto de tal, y pudiera objetarse que en todo caso es irrelevante que haya prestado su consentimiento al reconocimiento el representante legal del hijo, no cabe tampoco la suspensión porque con ese consentimiento, o aprobación judicial, se da firmeza a la eficacia provisional alcanzada por el reconocimiento, excluyendo *ab initio* la facultad de suspensión.

La suspensión, a pesar del tenor literal del artículo 124, párrafo segundo, C.c., incide de manera directa en la eficacia del reconocimiento, de donde se deriva la suspensión de la inscripción de dicho reconocimiento.

El poder jurídico concedido a la madre tiene la naturaleza de facultad integrante de la potestad en que consiste la representación legal, debiendo actuarse, en consecuencia, en interés del hijo menor.

La madre menor no emancipada necesitará la asistencia de las personas a las que se

refiere el artículo 157 C.c. para, como representante legal del reconocido, suspender la inscripción del reconocimiento.

El posible transcurso del plazo de un año desde el nacimiento del hijo sin que la madre haya podido solicitar la suspensión por no haberse inscrito el reconocimiento, se soluciona pensando que la eficacia automática del reconocimiento se anuda a un consentimiento tácito de la madre, por lo que si este consentimiento, que debe ser consciente y libre, no se ha producido, el reconocimiento necesitará el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial para ser eficaz e inscribirse, pues ya no cabe que recaiga dicho consentimiento tácito para la eficacia definitiva del reconocimiento.

La madre sólo tiene que pedir, ante el Encargado del Registro donde esté inscrito el reconocimiento, que se suspenda la inscripción, sin que pueda denegarse esa suspensión.

Si se suspende la eficacia del reconocimiento, el padre puede solicitar su confirmación. El Juez, con su aprobación, confirma la eficacia inicial, posteriormente suspendida, del reconocimiento efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento.

La regulación de esta confirmación destaca por su deficiencia: primero, porque sólo se prevé la confirmación, siendo igualmente posible la cancelación o privación de eficacia, que sólo cabe deducir, *sensu contrario*; y segundo porque sólo se prevé la solicitud, por el padre, de la aprobación judicial, cuando la provisionalidad de la situación no puede quedar a la discrecionalidad de éste.

Esta insuficiencia de la regulación se revela cuando se otorga otro reconocimiento paterno estando suspendida la eficacia del efectuado dentro del plazo para inscribir el nacimiento. Este reconocimiento posterior no puede ser eficaz hasta que no cese la suspensión de la eficacia del primero por privación de la misma, con independencia de que el reconocimiento posterior haya sido consentido por el representante legal del hijo. Si este reconocimiento se otorga cuando todavía no ha sido solicitada la confirmación, para lo que no se fija un plazo de caducidad, no se puede privar de la filiación paterna al hijo de forma indefinida, por lo que cabría pensar en dos posibles soluciones.

La primera consistiría en interpretar que el plazo de un año que se concede a la madre para suspender la inscripción de paternidad es más general (de ahí que comience en el nacimiento del hijo) y abarca el tiempo total que puede durar la situación de provisionalidad de la eficacia del reconocimiento. Si no se solicitase la confirmación de la inscripción transcurrido un año desde el nacimiento, podría entenderse privado de eficacia el

reconocimiento.

La otra solución sería entender que también está legitimado para pedir la confirmación, como interesado en la fijeza del estado civil, como cuestión de orden público e interés general, el Ministerio Fiscal.

Esta aprobación se ventila en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, siendo iguales a los de artículo 124, párrafo primero, C.c. los criterios a tener en cuenta para concederla, debiendo dar relevancia al hecho de que la Ley, por considerar beneficioso para el hijo el reconocimiento, lo privilegia con la eficacia automática. Deberán ser oídos, además del Ministerio Fiscal, la madre y el autor del reconocimiento.

El reconocimiento puede alcanzar eficacia definitiva si es consentido por el representante legal, o si se le priva de ella, recuperarla si lo consiente el hijo (art. 123 C.c.) o los descendientes (art. 126 C.c.).

El reconocimiento en testamento también se contiene en el segundo párrafo del artículo 124 C.c. Del artículo 188 R.R.c., y de la doctrina registral, se puede deducir que si este reconocimiento es eficaz en vida de su autor necesitará para ello el consentimiento del representante legal del hijo o la aprobación judicial; mientras que si es eficaz a su muerte queda liberado de tales requisitos, sin que quepa la suspensión de dicha eficacia.

Del mismo modo, rechazamos que el reconocimiento testamentario de hijo menor o incapacitado en vida de su autor esté exento de requisitos complementarios y que sólo pueda ser eficaz tras el fallecimiento del reconocedor.

Pero la solución del artículo 188 R.R.c., por lo que a la eficacia *post mortem* se refiere, no nos convence, pues el régimen de eficacia al que queda sometido el reconocimiento testamentario no es ni el del primer párrafo del artículo 124 C.c. ni el del segundo, que además de la eficacia automática prevé la posibilidad de suspender esa eficacia automática. Es un régimen excepcional que no está fundamentado en la Ley, pues no se exige ningún requisito complementario para la eficacia del reconocimiento. Por ello, pensamos que si, eficaz el reconocimiento una vez fallecido el testador, no cabe suspender la eficacia del mismo por haber transcurrido un año desde el nacimiento del hijo, no será aplicable el artículo 124, párrafo segundo, C.c., sino el párrafo primero de dicho artículo.

CAPÍTULO VII: RECONOCIDO MENOR O INCAPAZ. RÉGIMEN APLICABLE CUANDO LOS PROGENITORES SON HERMANOS O CONSANGUÍNEOS EN LÍNEA RECTA

El sistema español no prohíbe en ningún caso que la determinación de la filiación de una persona quede establecida respecto de sus dos progenitores, aunque éstos sean hermanos o consanguíneos en línea recta, estableciéndose sólo una limitación a la determinación de la segunda filiación, consistente en la previa autorización judicial.

El fundamento de esta limitación no está en la protección de la familia, sino sólo en la protección del menor o incapaz, pues no se establece la misma limitación cuando el hijo reconocido es mayor de edad.

El precepto, por lo que a los sujetos que contempla se refiere, se aplica en los mismos casos en que sería de aplicación el artículo 124 C.c., y en cuanto a los progenitores, debe derivarse el parentesco de filiación natural, no adoptiva, y ser de sangre, no de afinidad.

Como la previa autorización judicial sólo se exige para la determinación de la filiación que se intente determinar con posterioridad a la del otro progenitor (ésta seguirá las reglas generales), resulta problemático el supuesto de una determinación conjunta de la filiación del menor o incapaz, pues sólo se puede exigir la previa autorización judicial para la determinación de la paterna o de la materna. Se trataría de un supuesto no regulado por el artículo 125 C.c. Antes de que quede determinada cualquiera de ellas, habría que acudir a la autorización judicial para que el Juez resuelva si pueden quedar determinadas ambas o sólo una. Si sólo puede quedar determinada una de las dos relaciones de filiación que pueden determinarse simultáneamente, caso de los reconocimientos conjuntos y de un reconocimiento paterno coincidente con la declaración del nombre de la madre a los efectos de inscribir la filiación materna dentro del plazo para inscribir el nacimiento, ante la falta de acuerdo entre los progenitores, decidirá el Juez en el propio trámite de la autorización prevista por el artículo 125 C.c.

La previa autorización judicial se proyecta sobre la determinación de la filiación y no sobre el título que sirve para esa determinación, por lo menos en el caso del reconocimiento, que es perfectamente válido aunque no determine la filiación sin esa previa autorización judicial. De esta forma se protege el interés del hijo, que puede consentir el reconocimiento válido, y por tanto irrevocable, cuando alcance la capacidad suficiente. La autorización judicial es, por tanto, requisito de eficacia del reconocimiento, como la aprobación judicial del artículo

La aplicación del artículo 125 C.c. sustituye la del artículo 124 C.c., por contener un régimen especial al que hay que acudir cuando los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta. Por tanto, el Juez, para conceder la autorización, deberá entender, primero, que no será perjudicial para el hijo que se publique oficialmente su origen, y segundo, que la filiación reconocida es posible biológicamente y el reconocimiento beneficioso para el hijo.

La invalidación regulada en el segundo párrafo del artículo 125 C.c. supone dejar indeterminada la filiación autorizada, aunque subsiste el título que posibilitó su determinación.

Podrán solicitar esta invalidación los menores una vez emancipados y los incapacitados que pasan a estar sujetos a curatela. No cabe cuando el hijo ha consentido, expresa o tácitamente la determinación de la filiación, lo que refuerza la idea de que la autorización judicial es meramente sustitutiva del consentimiento del hijo exigido para la eficacia del reconocimiento.

CAPÍTULO VIII: RECONOCIDO YA FALLECIDO

Lo establecido por el artículo 126 C.c., la exigencia del consentimiento de los descendientes del hijo, es aplicable siempre que se pretenda dar eficacia al reconocimiento de un hijo que ya ha fallecido, con independencia de cuándo se haya otorgado o cuándo se haya producido la muerte.

Podría distinguirse el reconocimiento otorgado antes del fallecimiento del hijo sin descendencia, en cuyo caso, al no poder presumirse el ánimo egoísta del reconocedor ni existir descendientes con cuya voluntad haya que contar, podría considerarse eficaz siempre que sea consentido por otras personas. Nadie lo puede consentir, no obstante, cuando el hijo era mayor de edad, pues su derecho no se transmite a los herederos, pero puede ser consentido por el que era representante legal del menor o incapacitado o aprobado por el Juez.

El artículo 126 C.c. se refiere tanto al reconocimiento de hijo ya fallecido con descendencia como sin ella, pues lo que regula es la eficacia de dicho reconocimiento con independencia de la existencia o no de descendientes, para lo que se exige, <<sólo>>, el consentimiento de los descendientes.

Aunque pueda dudarse de la inclusión en el artículo 126 C.c. del supuesto en el que el reconocimiento testamentario llegue a poder ser eficaz una vez muerto el reconocedor, y el hijo, también fallecido, no haya dejado descendientes, admitir la eficacia de estos

reconocimientos sin ningún requisito complementario contrariaría el espíritu de la Ley sin previsión expresa de la excepción.

Sí creemos que pueden ser eficaces sin el consentimiento de los descendientes los reconocimientos de hijos fallecidos dentro del plazo para inscribir el nacimiento, obviamente sin descendencia, si el reconocimiento también se efectúa en este plazo, aplicándose el régimen de eficacia establecido por el artículo 124, párrafo segundo, C.c.

El consentimiento de los descendientes del hijo fallecido es, en todo caso, requisito de eficacia del reconocimiento, haya o no descendientes que puedan consentirlo.

Los descendientes que pueden consentir el reconocimiento son los hijos del fallecido, y, si también han muerto ya o alguno de ellos, los nietos, ya sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos.

El reconocimiento sólo puede determinar la filiación cuando lo consienten todos los descendientes del hijo fallecido, como demanda el tenor literal del artículo 126 C.c., la eficacia *erga omnes* del estado civil y la filiación por naturaleza.

Los descendientes por los que actúa su representante legal son los mismos sujetos a los que se refiere el artículo 124 C.c. La no previsión de la aprobación judicial en estos casos se justifica en la naturaleza del consentimiento exigido, que, por definición, es conjunto, al que se llega por la concurrencia de varias declaraciones de voluntad. En un consentimiento así, no puede operar normalmente la aprobación judicial. Cabe pensar en dos excepciones en las que sí podría recurrirse a la aprobación si el representante legal del descendiente no da su consentimiento: cuando el resto de los descendientes están de acuerdo con el reconocimiento y cuando el hijo fallecido sólo tiene este descendiente.

El consentimiento puede ser expreso o tácito si lo presta el descendiente por sí mismo, y sólo expreso si lo presta el representante legal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, "Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural", en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, tomo I, págs. 533 y ss.
- "Contenido, naturaleza y caracteres del reconocimiento de la filiación natural", en *Revista de Derecho Notarial*, 1953, págs. 153 y ss.
- "Invalidez e ineficacia del reconocimiento de la filiación natural", en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, págs. 339 y ss.
- *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954.
- "Cuestiones en materia de revocación de testamentos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, 1961, págs. 33 y ss.
- "De los testamentos en general", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo IX, Vol. 1-A, Artículos 657 a 693 del Código Civil, ed. Edersa, 1990, págs. 96 y ss.
- "De la revocación e ineficacia de los testamentos", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo IX, Vol. 2º, Artículos 706 a 743 del Código Civil, ed. Edersa, 1983, págs. 378 y ss.
- *Curso de Derecho Civil*, I, Vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1991.
- *Curso de Derecho Civil*, IV, ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- ALBERDI, I., "Cambios en el derecho de familia y sus repercusiones sociales", en *Infancia y Sociedad*, julio-agosto 1992, nº 16, págs. 35 y ss.
- ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, ed. Bosch, Barcelona, 1974.
- ALONSO PÉREZ, "Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia", en *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1984, págs. 13 y ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia*, Tomo I, Matrimonio y régimen económico, ed. Civitas, Madrid, 1988.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza (Sistemas de Derecho Internacional Privado y relaciones concernientes a la emigración española)*, Universidad de León, 1989.
- AMBROSINI, "Dichiarazione giudiziales di paternità ed interesse del minore", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, págs. 1083 y ss.
- ANDREIS y SORMANO, "Il rapporto biologico tra genitori e figli è in rerum natura?", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991, págs. 41 y ss.
- ARECHEDERRA ARANZADI, "Comentario del artículo 45 del Código civil", en *Matrimonio y divorcio*, coordinador Lacruz Berdejo, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 76 y ss.
- AULETTA, *Il Diritto di Famiglia*, 2ª edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.
- BAENA RUIZ, "La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio", en *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1984, págs. 59 y ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 124-II CC: la exención de complementos

- del reconocimiento *a padre*", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 243 y ss.
- BARASSI, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, traducido y anotado por GARCÍA DE HARO y FALCÓN, Barcelona, 1955
- BEALS y HOIJER, *Introducción a la Antropología*, ed. Aguilar, 1971.
- BELTRÁN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", en *Revista de Derecho Privado*, 1965, págs. 183 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la Persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- "Comentario de los artículos 154 a 161 del Código civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen II, ed. Tecnos, 1984, págs. 1.043 y ss.
- "Comentario de las Disposiciones Transitorias Novena y Décima de la Ley 11/1981", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen II, ed. Tecnos, 1984, págs. 2.001 y ss.
- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1985", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 9, págs. 2861 y ss.
- "La filiación inducida y las clasificaciones legales", en *La filiación a finales del siglo XX*, II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones, 1987, págs. 117 y ss.
- "La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 1988, nº 6-Vol. II, págs. 89 y ss.
- "Principio de igualdad y Derecho Privado", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Volumen II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1583 y ss.
- BISCONTINI, "Prove ematologiche e filiazione", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1993, 3, págs. 487 y ss.
- BISCHOFF, "La Commission Internationale de l'Etat Civil", en *Le droit de la famille en Europe*, bajo la dirección de Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, págs. 85 y ss.
- BLASCO GASCÓ y otros, *Derecho de Familia*, coordinador Montés, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991
- BOCCACCIO, "L'interesse del minore", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1988, II, págs. 323 y ss.
- BORRACHERO, "Reconocimiento sucesivo de hijos naturales", en *Revista de Derecho Privado*, 1953, tomo XXXVII, págs. 276 y ss.
- BORRÀS, "El <<interés del menor>> como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", (contestación de ROCA TRÍAS), en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, 4, págs. 915 y ss.
- BOUVIER, "A la recherche de la paternité", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1990, nº 3, págs. 394 y ss.
- CABALLERO GEA, *Ley, reglamento, expedientes del Registro Civil*, ed. Dykinson, 1994.
- CALDERÓN, "Reconocimiento de hijos naturales en testamento", en *Revista de Legislación*, 1905, págs. 299 y ss.
- CAÑIZARES LASO, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, ed. Montecorvo, Madrid, 1990.
- CARBONNIER, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, traducción de la 1ª edición francesa con

- adiciones de conversión al Derecho español por ZORRILLA RUIZ, ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- CARRARO, en CARRARO, OPPO y TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia*, Tomo 1º, Parte 2ª, ed. Cedam, Padova, 1977.
- CARRASCO PERERA, *El derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 26, págs. 525 y ss.
- CARRESI, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940.
- CARRIÓN, "Comentario de los artículos 46 y 48 del Código civil", en *Matrimonio y divorcio*, coordinados por Lacruz Berdejo, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 151 y ss.
- CASTÁN VÁZQUEZ, "De las relaciones paterno-filiales", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo III, Vol. 2, Artículos 142 a 180 del Código civil, ed. Edersa, 1982, págs. 55 y ss.
- CERDÁ GIMENO, *Estudios sobre Derecho de Familia*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.
- CHEVALIER y BACH, *Droit civil*, Tomo 1, 11ª édition, ed. Sirey, París, 1993.
- COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo I, con notas sobre el Derecho civil español de DE BUEN, CASTÁN TOBEÑAS y CASTÁN VÁZQUEZ, ed. Reus, Madrid, 1975.
- COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER y LABRUSE-RIOU, *La filiation légitime et naturel*, ed. Dalloz, 1977.
- COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942.
- CRISCUOLI GRIPPAUDO, "Status genitoriale e riconoscimento di figlio naturale", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 591 y ss.
- CUADRADO IGLESIAS, "La investigación de la paternidad y la maternidad", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 577 y ss.
- DAGOT y SPITERI, *Le nouveau droit de la filiation. (Loi du 3 janvier 1972)*, ed. Librairies Techniques, 1972.
- DE ANGELIS, "La legge 4 maggio 1983 N. 184 sull'adozione e l'affidamento dei minori, nella sua applicazione concreta", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1989, págs. 748 y ss.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomos I y II, ed. Civitas, Madrid, 1991 (edición facsimilar).
- *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1991 (edición facsimilar).
- DE CASTRO GARCIA, *La investigación de la paternidad*, ed. Colex, Madrid, 1992.
- DE CUPIS, "Sulla irriconoscibilità di un figlio incestuoso", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1989, 3, págs. 546 y ss.
- DE JORGE MESAS, "La reforma del Reglamento del Registro Civil por los Reales Decretos de 29 de agosto de 1986 y 8 de mayo de 1987 y por Ley de 24 de diciembre de 1986", en *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1987, nº 516, págs. 4.653 y ss.
- "La jerarquía normativa y el Reglamento del Registro Civil. La interpretación correctora del Reglamento por la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1988, nº 531, págs. 6.689 y ss.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*,

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975.

"El nuevo Derecho de la filiación", en *El nuevo derecho de familia español*, ed. Reus, Madrid, 1982.

- "El nuevo régimen jurídico de la filiación", en *La reforma del Derecho de Familia*, Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia, 1982, págs. 237 y ss.

"De la paternidad y filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo III, Vol. 1º, Artículos 108 a 141 del Código Civil, ed. Edersa, Madrid, 1984.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, "Notas acerca de la filiación ilegítima", en *Revista de Derecho Privado*, 1957, I, págs. 363 y ss.

DE LOS MOZOS, "La forma del negocio jurídico", en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, págs. 745 y ss.

DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

DE PRADA GONZÁLEZ, "La patria potestad tras la reforma del Código civil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1982, tomo XXV, págs. 355 y ss.

DELGADO ECHEVARRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1990.

DELITALA, "Il figlio concepito da donna legalmente separata dal marito", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1981, 2, págs. 335 y ss.

DI NARDO, "Il riconoscimento del figlio naturale", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1991, II, págs. 431 y ss.

- "Dichiarazione giudiziale di paternità o maternità", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1993, II, págs. 321 y ss.

DÍAZ ALABART, "La edad mínima para reconocer hijos", en *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 531 y ss.

"El reconocimiento del dispensado de emancipación para casarse necesita ser aprobado judicialmente, si aún no se casó", en *Actualidad Civil*, 1987, I, págs. 281 y ss.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, "El reconocimiento de filiación natural <<en otro documento público>> según el artículo 131 del Código Civil (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1966)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, págs. 600 y ss.

"El reconocimiento incidental de la paternidad natural", en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, págs. 551 y ss.

- "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", en *Revista de Derecho Notarial*, 1984, págs. 7 y ss.

- "Obsevaciones a la reforma del Reglamento del Registro Civil", en *Actualidad Civil*, 1986, núm. 45, págs. 3133 y ss.

- *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, 3ª edición, Madrid, 1993.

- "Del Registro del estado civil", en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 888 y ss.

- "Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1993", en *Actualidad Civil*, 1994, nº 27, págs. 501 y ss.

"Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1994", en *Actualidad Civil*, 1995, nº 27, págs. 565 y ss.

DÍEZ PASTOR, "La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio, según la Constitución", en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1933, págs. 13 y ss.

DÍEZ-PICAZO, "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña", en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, I, págs. 81 y ss.

"El negocio jurídico del Derecho de Familia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, págs. 771 y ss.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 1995.

Sistema de Derecho Civil, IV, ed. Tecnos, Madrid, 1995.

DOGLIOTTI, "Ricerca della maternità naturale e tutela dei figli nati fuori dal matrimonio", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, págs. 5 y ss.

DOSI, "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995, 4, págs. 1.604 y ss.

DURÁN RIVACOBÁ, "La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz", en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, págs. 138 y ss.

"Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989", en *La Ley*, 1989, págs. 838 y ss.

- "La capacidad en las capitulaciones matrimoniales", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, Tomo XLIV, Fascículo I, págs. 97 y ss.

- *Hacia un nuevo sistema del derecho foral y su relación con el ordenamiento civil común*, ed. Dykinson, 1993.

EGEA FERNÁNDEZ, "El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil en materia de tutela", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986-I, pág. 57 y ss.

ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. IV, Familia, ed. Revista de Derecho Privado, 1984.

"Artículo 39. Protección de la familia", en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villaamil, Tomo IV, ed. Edersa, 1984, págs. 17 y ss.

FÉREZ FERNÁNDEZ y GARRIGA GORINA, "La presunción de paternidad matrimonial del art. 116 CC en el caso de separación de hecho. Comentario a la RDGRN de 22-5-1991", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, 4, págs. 1.065 y ss.

FERRANDIS VILELLA, "Reflexiones sobre la reforma del régimen de la filiación. En particular, la inserción del hijo no matrimonial en la familia del progenitor", en *La Ley*, 1988, 2, págs. 1.097 y ss.

FERRANDO, "La filiazione naturale e la legittimazione", en *Trattato di Diritto Privato*, IV, dirigido por Rescigno, ed. Utet, Torino, 1982, págs. 93 y ss.

"L'interesse del minore nel riconoscimento del figlio naturale", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, págs. 186 y ss.

"Filiazione naturale", en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, II, págs. 748 y ss.

"Il rapporto di filiazione", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1984, II, págs. 1.110 y ss.

- "Filiazione naturale", en *Rivista di Diritto Civile*, 1988, II, págs. 257 y ss.

- "Orientamenti e tendenze in tema di filiazione", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1991, 2, págs. 308 y ss.

FERRI, *Lezioni sulla filiazione. Corso di diritto civile*, Bologna, 1989.

FINOCCHIARO, *Riforma del Diritto di Famiglia*, Tomo II, Milán, 1976.

FLATTET, "Le droit suisse de la filiation", en *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, bajo la dirección de Pawels, Bruxelles, 1981, págs. 130 y ss.

FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, Tomo I (La Constitución de 1978 y

el Derecho de Familia), ed. Bosch, Barcelona, 1981.

FUNAIOLI, "Riconoscimento testamentario di figlio naturale", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, págs. 476 y ss.

GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho Histórico Español*, Sevilla, 1969.

GARCÍA CANTERO, "Comentario de los artículos 46 a 48 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo II, Artículos 42 a 107 del Código Civil, ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 67 y ss.

- "Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)", en *Revista Española de Derecho Canónico*, nº 138, enero-junio 1995, págs. 281 y ss.

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. Base, Barcelona, 1973 (edición facsimilar).

GARCÍA ZARANDIETA, "La filiación y el Registro Civil (Estudio sistemático de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en el Código Civil)", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1982, núm. 1.272, págs. 3 y ss., núm. 1.273, págs. 3 y ss., y núm. 1.274, págs. 3 y ss.

GARNICA MARTÍN, "El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial", en *Revista General de Derecho*, 1988, págs. 3.393 y ss.

GARRIDO DE PALMA, "El reconocimiento de hijos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1982, tomo XXV, págs. 9 y ss.

- *Derecho de Familia*, ed. Trivium, Madrid, 1993.

GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código civil", en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 1993, págs. 195 y ss.

GETE-ALONSO Y CALERA, "Emancipación y matrimonio", en *Revista de Derecho Privado*, 1985, I, págs. 3 y ss.

- "Aproximación al nuevo régimen de la prodigalidad de la Ley de 24 de octubre de 1983", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1984, págs. 9 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, págs. 179 y ss.

La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, ed. Civitas, Madrid, 1992.

"Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil, de 2 de julio de 1990", en *La Llei*, 1991, 1, págs. 239 y ss.

"De nuevo sobre la legitimación del progenitor para reclamar la filiación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de julio de 1991", en *La Llei*, 1991, 2, págs. 121 y ss.

- "Las acciones de reclamación e impugnación de la filiación. Comentario a la Sentencia de 18 de febrero de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil", en *La Llei*, 1991, 1, págs. 304 y ss.

GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1992.

GOGUEY, *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*, ed. Librairies Techniques, Paris, 1959.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, "Reconocimiento de hijos naturales en testamento", en *Revista de Derecho Notarial*, 1968, págs. 99 y ss.

GONZÁLEZ PORRAS, "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil)", en *Revista de Derecho Privado*, 1984, I, págs. 456 y ss., y en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, págs. 250 y ss.

"Notas sobre 'la justa causa' y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados", en *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1994, págs. 229 y ss.

GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, ed. Aranzadi, 1989.

GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

HARRIS, *Nuestra especie*, Alianza Editorial, 1991.

HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, bajo la dirección de Ghestin, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1989.

HERRERA CAMPOS, "La filiación no matrimonial tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981", en *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 3 y ss.

La investigación de la paternidad, Granada, 1987.

HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de Familia (Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid)*, Editorial General de Derecho, 1994.

HUET-WEILLER, "Verité biologique et filiation. Le droit français", en *Droit de la filiation et progres scientifiques*, bajo la dirección de LABRUSSE y CORNU, ed. Economica, Paris, 1982, págs. 9 y ss.

HUET-WEILLER, LABRUSSE y VAN CAMELBEKE, *La filiation*, ed. Libraires Techniques, Paris, 1981.

JEMOLO, "I figli incestuosi", en *Rivista di Diritto Civile*, 1976, II, págs. 564 y ss.

JORDANO BAREA, "Teoría general del testamento", en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Serrano Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, 1966, págs. 431 y ss.

JORDANO FRAGA, "La capacidad general del menor", en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 883 y ss., y en *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1984, págs. 243 y ss.

KOTTAK, *Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana*, ed. McGraw-Hill, 1994.

LACARRA LANZ, "La sucesión legal en Navarra de hijos no matrimoniales fallecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 (Notas al Auto de declaración de herederos dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Estella el 8 de marzo de 1986)", en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 2, julio-diciembre 1986, págs. 141 y ss.

LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

LADRÓN DE CEGAMA Y FERNÁNDEZ, "Los hijos no matrimoniales y el Registro civil", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, nº 1.340, págs. 3 y ss., y nº 1.341, págs. 3 y ss.

LETE DEL RÍO, "Del Registro del estado civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo IV, 2ª edición, ed. Edersa, 1985, págs. 536 y ss.

LIPARI, "La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospective", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1986, 3, págs. 567 y ss.

LISELLA, "<<I diritti dei figli privi di stato>>: a proposito di un recente contributo", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1993, 2, págs. 356 y ss.

LOI, "Riconoscimento non veridico di figlio naturale e declaratoria dello stato di adottabilità", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1986, págs. 565 y ss.

LOJACONO, "Alcuni rilievi sul nuovo testo dell'art. 250, comma 4, c.c.", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, págs. 910 y ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ, *La posesión de estado familiar*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971.

LUCES GIL, "Exposición sintética del nuevo régimen de la filiación", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1982, nº 1.258, págs. 3 y ss, y nº 1.259, págs. 3 y ss.

LLEDÓ YAGÜE, "La presunción de paternidad y el Registro Civil", en *La Ley*, 1985, III, págs. 964 y ss.

Acciones de filiación, ed. La Ley, 1987.

MAIR, *Introducción a la antropología social*, ed. Alianza Universidad, 1994.

MANERA, "Sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui sancisce l'imprescrittibilità dell'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991, págs. 470 y ss.

MANRESA, *Código civil español*, Tomo I, 4ª edición, Revista de Legislación, Madrid, 1914.

MARINARO, *I diritti dei figli privi di stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

MARTÍNEZ CALCERRADA, "El testamento y su pretendida patrimonialidad (Su empleo en la técnica del reconocimiento de hijos naturales)", en *Revista de Derecho Privado*, 1966, págs. 463 y ss.

El nuevo Derecho de Familia, Vols. I y II, Madrid, 1981.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1985", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, págs. 2991 y ss.

MARTÍNEZ SANCHIZ, "Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia", en *Revista de Derecho Notarial*, tomo 132, 1986, págs. 7 y ss.

MASSIP, "La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire", en *Droit de la filiation et progres scientifiques*, bajo la dirección de Labrusse y Cornu, ed. Economica, París, 1982, págs. 51 y ss.

MAZEAUD, H., L., y J., *Leçons de Droit Civil*, Tomo 1º, Vol. 3º, ed. Montchrestien, París, 1976.

MEDINA, "Nuevo régimen argentino de filiación y patria potestad", en *Revista General del Derecho*, julio-agosto 1986, págs. 3035 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Comentario del artículo 741 del Código civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, ed. Tecnos, 1984, págs. 1.271 y ss.

MIRAGLIA, "Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della personalità umana", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1981, 4, págs. 1055 y ss.

MONTÉS, "De la representación de los hijos", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, ed. Tecnos, 1984, págs. 1.077 y ss.

MORENO QUESADA, "La aptitud psíquica en la reforma del matrimonio", en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, págs. 522 y ss.

MORO ALMARAZ, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 34, págs. 325 y ss.

NADDEO, "Consenso e rifiuto nella filiazione naturale e nell'adozione", en *Rassegna di diritto civile*, 1994, 3, págs. 498 y ss.

NAPPI, "Il riconoscimento di figlio naturale da parte di donna coniugata al tempo del concepimento", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, I, págs. 628 y ss.

"Riconoscimento e limiti della famiglia di fatto nel rispetto del diritto vigente", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1988, II, págs. 1818 y ss.

NICOLINI, "La dichiarazione di assenso e consenso al riconoscimento del figlio naturale", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1981, 3, págs. 726 y ss.

- "Note sul trattamento dei figli non riconoscibili e dei figli non riconosciuti", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, págs. 1.113 y ss.

- "Appunti sul negozio di accertamento unilaterale", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1984, 1, págs. 169 y ss.

- "Riconoscimento non veritiero ed adozione dei minori", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1984, 2, págs. 455 y ss.

NOVOA SEOANE, "El reconocimiento de hijos naturales en testamento", en *Revista de Derecho Privado*, 1915, págs. 295 y ss.

OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España: jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993.

OGÁYAR AYLLÓN, "Regulación de la filiación según la última reforma del Código civil", en *Paternidad y filiación*, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 1985, págs. 20 y ss.

OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

OLIVEIRA E SILVA, *Filiação. Constituição e extinção do respectivo vínculo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.

PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965.

PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "De la paternidad y filiación", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, ed. Tecnos, 1984, págs. 773 y ss.

- *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

- "La intervención de la autoridad judicial en los reconocimientos de filiación", en *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, director Lledó Yagüe, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 45 y ss.

PERÉ RALUY, "La filiación y el Registro civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, II, págs. 861 y ss.

- *Derecho del Registro Civil*, Tomos I y II, ed. Aguilar, Madrid, 1962.

PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, ed. Civitas, 1989.

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 26, págs. 613 y ss.

Interpretación y Jurisprudencia, ed. Aranzadi, 1994.

PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, "La declaración de prodigalidad en Derecho español", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, núm. 6, págs. 857 y ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, "Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1982, tomo XXV, págs. 42 y ss.
- PÉREZ PASCUAL, "La menor edad en el matrimonio", en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, II, págs. 749 y ss.
- PINO, *Il diritto di famiglia*, ed. Cedam, Padova, 1977.
- PINTÓ RUIZ, "De la filiación", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXVII, Vol. 1, Artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña, ed. Edersa, 1981, págs. 178 y ss.
- PITRONE, "La potestà del genitore minorenne", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1992, 2, págs. 268 y ss.
- PORRAS IBÁÑEZ, "Testar y reconocer", en *Revista de Derecho Privado*, 1969, págs. 351 y ss.
- POZO VILCHES, *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, ed. Trivium, Madrid, 1993.
- El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, ed. Trivium, Madrid, 1993.
- "El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, tomo XLIV, fascículo III, págs. 1199 y ss.
- PRIETO FERNÁNDEZ, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente", en *Actualidad Civil*, 1991, nº 9, págs. 137 y ss.
- PUCCINI, "Criterio di ragionevolezza e competenza del tribunale per i minorenni in materia di dichiarazione di paternità o maternità naturale", en *Il Foro Italiano*, 1988, II, págs. 2086 y ss.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo IV, 2ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- QUESADA GONZÁLEZ, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 26, págs. 589 y ss.
- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, págs. 941 y ss.
- *Derecho de Familia. Diccionario Práctico de Jurisprudencia*, Vols. I y II, ed. PPU, Barcelona, 1992.
- "Comentari a la Llei 7/1991 de 27 de abril, de filiacions", en *La Llei*, 1992, 1, págs. 799 y ss.
- "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, 1, págs. 107 y ss.
- Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad: la exceptio plurium concubentium*, ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- "De nuevo las pruebas biológicas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, 3, págs. 93 y ss.
- "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", en *Anuario de Derecho Civil*, 1994, tomo XLVII, II, págs. 237 y ss.
- QUICIOS MOLINA, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993", en *Cuadernos Civitas de Derecho Civil*, nº 34, págs. 213 y ss.
- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1994", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, págs. 873 y ss.

- "Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de abril de 1994", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, págs. 441 y ss.

RASSAT, *La filiation et l'adoption*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1992.

RAYMOND, "Volonté individuelle et filiation par le sang", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1982, nº 3, págs. 538 y ss.

RAYNAUD, "Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation: état du droit positif français", en *Droit de la filiation et progres scientifiques*, bajo la dirección de Labrusse y Cornu, ed. Economica, Paris, 1982, págs. 87 y ss.

REBOLLEDO VARELA, "La privación de la patria potestad", en *Aranzadi Civil*, mayo 1995, nº 3, págs. 11 y ss.

RICO PÉREZ, "La posesión de estado de filiación", en *Actualidad Civil*, 1988, nº 33, págs. 2.029 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, ed. Tecnos, Madrid, 1971.

- *Los conflictos de paternidad en Derecho Comparado y en Derecho español*, ed. Ariel, Barcelona, 1971.

- "La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1973, I, págs. 215 y ss.

"La filiación", en *La reforma del Derecho de Familia del Código Civil español*, fascículo I, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979.

"La filiación", en *El nuevo régimen de la familia*, Vol. II, ed. Civitas, 1981, segunda reimpresión 1982, págs. 15 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1986", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 12, págs. 3.933 y ss.

- "La fecundación artificial <<post mortem>>", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, 4, págs. 871.

- "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", en *La filiación a finales del siglo XX*, II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones, 1987, págs. 141 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1987", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, págs. 4.829 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1987", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 15, págs. 5.125 y ss.

- "Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de noviembre de 1987", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 16, págs. 41 y ss.

- "Elementos objetivos de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial", en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 1988, nº 6-Vol. I, págs. 100 y ss.

- "La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación", en *Poder Judicial*, nº 13, marzo 1989, págs. 105 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1989", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 21, págs. 867 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1989", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 22, págs. 185 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, págs. 473 y ss.

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 25, págs. 249 y ss.

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, págs. 823 y ss.

"Comentario de los artículos 108 a 141 del Código civil", en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 427 y ss.

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, págs. 77 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1992", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 30, págs. 1.065 y ss.

- "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", en *Poder Judicial*, nº 25, marzo 1992, págs. 49 y ss.

- "El <<desconocimiento de la paternidad>> del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio en la Compilación Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1993, nº 15, págs. 272 y ss.

- "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1993", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 34, págs. 283 y ss.

- "Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación", en *Poder Judicial*, nº 33, marzo 1994, págs. 349 y ss.

"Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 6, 1995, págs. 227 y ss.

en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, Vol. 2º, ed. Bosch, 1989.

ROCA TRÍAS, "Familia, familias y derecho de familia", en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 1.055 y ss.

- "Comentario del artículo 665 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinador R. Bercovitz, ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 947 y ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", en *Las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, págs. 109 y ss., y en *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXX, separata, abril-junio 1983, págs. 235 y ss.

- "El documento en el Código Civil", en *Revista de Derecho Notarial*, tomo 143, 1989, págs. 223 y ss.

RUBELLIN-DEVICHI, "Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de famille. Filiation", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, págs. 707 y ss.

RUBIO TORRANO, "Constitución y Derecho civil navarro", en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, núm. 2, págs. 55 y ss.

RUIZ GUTIÉRREZ, *Temas de Registro Civil*, Granada, 1986.

SALCEDO IZU, "Le droit de la famille en Navarre", en *Le droit de la famille en Europe*, sous la direction de Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, págs. 133 y ss.

SALVADOR CODERCH, "De los requisitos del matrimonio", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, ed. Tecnos, 1984, págs. 118 y ss.

"Comentario de los artículos 46 a 48 del Código civil", en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 267 y ss.

SALVI, *Il possesso di stato familiare*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1952.

SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, fascículo

3º, Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, edición experimental, ed. Bosch, Barcelona, 1982.

en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, ed. Bosch, Barcelona, 1989.

"La filiación en la Ley foral de 1 de abril de 1987", en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 8, julio-diciembre 1989, págs. 31 y ss.

- "De la patria potestad y de la filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXXVI, Vol. 1, Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, ed. Edersa, 1990, págs. 248 y ss.

SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

"La protección del menor en el reconocimiento", *La tutela de los derechos del menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, ed. preparada y dirigida por González Porras, Córdoba, 1984, págs. 391 y ss.

SERRANO GARCÍA, "El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige la aprobación judicial", en *Actualidad Civil*, 1988, nº 13, págs. 745 y ss.

"La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los Derechos civiles españoles y la filiación ilegítima (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio 1985)", en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1987, nº 3, págs. 79 y ss.

SESTA, "L'influenza del codice civile italiano nei libri delle persone e della famiglia del codice civile peruviano", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, II, págs. 849 y ss.

STETTLER, *Traité de Droit Privé Suisse*, Vol. III, tome II, 1, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1987.

TORRES AGUILAR, "La anotación de reconocimiento de hijo natural", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, Tomo XXV, págs. 47 y ss.

TRABUCCHI, "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", en *Rivista di Diritto Civile*, 1982, I, págs. 597 y ss.

URIBE SORRIBES, "La representación de los hijos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1982, tomo XXV, págs. 239 y ss.

VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, ed. Civitas, Madrid, 1982.

VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.

VIOLANTE, "Status del disconosciuto e riconoscimento del figlio adulterino da parte di donna coniugata", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1982, 2, págs. 424 y ss.


VISINTIN, "Cenni comparativi tra le norme relative alla filiazione ed ai rapporti tra genitori e figli nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento austriaco", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1986, págs. 810 y ss.

VV. AA., *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, bajo la dirección de Pauwels, Bruxelles, 1981.

PROPOSTA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL
O(A) Sr(a) _____, brasileiro(a), solteiro(a),
portador(a) do CPF nº _____, residente e domiciliado(a) em _____
Cidade _____ Estado _____, por meio do seu representante legal
DOCTORA(C) _____, inscrita no Conselho de Classe nº _____
MAF. nº _____, 19 de abril de 1996

19 de abril de 1996

1. Don Valencia Jto. Alcega
 2. Don Haroldo Valencia Jto. Alcega y Calvo



Pran Kumar
Raman Dhan Riwala



M. Gurukul. Pen. 12